

## La incapacidad: el marco jurídico

Julio Picatoste Bobillo

Magistrado de la Audiencia Provincial de Pontevedra

---

### Sumario:

**I.** <sup>1</sup>Capacidad jurídica y capacidad de obrar. **II.** La incapacidad. **III.** Las causas de incapacidad. 1.- El art. 200 del CC. 2.- Requisitos legales para la incapacidad. 3.- Casuística y criterios jurisdiccionales. **IV.** Fórmulas de protección del patrimonio del incapaz.- A) El patrimonio protegido. B) El mandato preventivo. C) La autotutela. **V.** El proceso de incapacidad.- A) Legitimación activa. B) Legitimación pasiva. C) Pruebas y audiencias preceptivas. D) La sentencia. E) Incapacitación del menor de edad. **VI.** El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.- A) Competencia. B) Legitimación activa y pasiva. C) Motivo del internamiento. D) Clases de internamiento. E) El control judicial del internamiento. F) La Proposición de Ley (122/000085) del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) sobre modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos. **VII.** Medidas cautelares. **VIII.** Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacidad.

---

### I. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

Hablar de incapacidad e incapacidad presupon­e un previo concepto o idea de lo que en Derecho se entiende por capacidad. En este sentido se distingue tradicionalmente entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. La primera es la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones; viene reconocida a toda persona por el mero hecho de serlo; no obstante, hay que advertir que si bien el ordenamiento jurídico reconoce esa condición y, en consecuencia, personalidad jurídica, a partir del nacimiento, será preciso que en éste concurran los requisitos que la ley establece; si, en principio, el art. 29 del CC dice que el nacimiento determina la personalidad, seguidamente el art. 30 establece que para los efectos civiles – entre ellos la atribución de capacidad jurídica – solo se reputa nacido

el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Producido el nacimiento en tales condiciones, estaremos ante una persona, en sentido jurídico, a la que se le reconoce capacidad jurídica, es decir, según dijimos, aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Esta capacidad jurídica es una manifestación de la personalidad, al punto que a veces se utilizan indistintamente ambos términos. Es propio de esta capacidad, el ser igual en todos, puesto que depende exclusivamente de esa condición de ser persona. Esta nota de universalidad, que puede hoy parecernos elemental, no siempre se admitió; es, en realidad, un logro en la evolución histórica del Derecho.

De otro lado, y en cuanto que es expresión de la personalidad, la capacidad jurídica es igual e

---

<sup>1</sup>Abreviaturas utilizadas: AP: Audiencia Provincial; CC: Código Civil; CE: Constitución Española; LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil; LH: Ley Hipotecaria; LRC: Ley de Registro Civil; RD: Real Decreto; SAP: Sentencia de Audiencia Provincial; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; TS: Tribunal Supremo.

invariable durante toda la vida y no susceptible de graduaciones, restricciones o alteraciones.

Si acaso conviene advertir que esta aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la capacidad jurídica que se reconoce a toda persona, es, fundamentalmente, una aptitud abstracta, en potencia, que solo a lo largo de la vida se podrá ir actualizando en relación con concretos derechos y obligaciones; en efecto, cada ordenamiento jurídico establecerá las condiciones y requisitos para ser sujeto efectivo y actual de derechos y obligaciones. No obstante esa proyección de futuro, hay algunos derechos de los que, desde el momento mismo del nacimiento, el nacido es ya titular actual; así ocurre con los derechos de la personalidad que proclama la Constitución (art.10) y el elemental derecho a ser alimentado del art. 142 del CC.

La capacidad jurídica de obrar (también denominada abreviadamente, capacidad de obrar) es la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia en el ámbito jurídico. Lógicamente, presupone la anterior; es evidente, sin previa capacidad jurídica sería impensable una capacidad jurídica de obrar. Si para la primera bastaba el mero hecho del nacimiento, para la capacidad de obrar se exige un mínimo de madurez en la persona; por esa razón, y puesto que aquella no es siempre igual en todas las personas ni en todo momento, la capacidad jurídica de obrar es susceptible de graduaciones. La capacidad de obrar es caracterizada como la capacidad natural de conocer y de querer o, también, como la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Dicho lo anterior, podemos ya afirmar que la incapacidad se predica, precisamente, de esta segunda modalidad que es la capacidad jurídica de obrar.

Es de todo punto evidente que en el desenvolvimiento de la vida jurídica no es posible detenerse ante cada acto para verificar si la persona que lo realiza (por ejemplo, aquella con quien contratamos) tiene capacidad de obrar

mediante el examen de su capacidad natural, es decir, comprobando si el sujeto en cuestión cuenta con esa capacidad de entendimiento y voluntad. Por ello, el legislador opta por admitir y establecer una capacidad de obrar general a partir de la concurrencia de dos datos concretos susceptibles de comprobación: la edad y la ausencia de un pronunciamiento judicial de incapacidad. Presume el legislador que a partir de una determinada edad —aquella donde el ordenamiento jurídico sitúa la mayoría de edad— el sujeto ha alcanzado esa condición natural de mínima madurez a la que es inherente la capacidad de entender y de querer.

Ocurre, sin embargo, que el legislador exige para determinados actos una capacidad de obrar especial, distinta de la general derivada de la mayor edad, bien exigiendo para determinados actos una edad superior a los 18 años, bien anticipando la capacidad a edades anteriores. Por ejemplo, el CC establece como requisito para la adopción que el adoptante sea mayor de 25 años (art. 175.1), de una parte, y, de otra, establece la capacidad para otorgar testamento (salvo el ológrafo) a partir de los 14 años (arts. 663.1 y 688).

El menor de edad carece, por regla general, de capacidad de obrar, que solo se adquiere a partir de la mayoría de edad, con las salvedades que acabamos de hacer. Se basa en la idea de una falta de capacidad natural. De ahí que el legislador, en función precisamente de este dato, haya admitido que el menor de edad pueda realizar determinados actos por estimar que para ellos en particular tiene capacidad de entendimiento suficiente; de ahí esas llamadas capacidades especiales a que acabamos de hacer referencia; así, además del supuesto ya dicho de la capacidad para testar, el adoptando mayor de doce años deberá prestar consentimiento para su adopción (art. 177.1 CC).

El menor de edad puede ver también anticipada parcialmente su capacidad en virtud de la emancipación (arts. 314, 323 y 324 CC).

Pero lo que nos interesa en este momento no es la situación o estado de incapacidad inherente a la menor edad, sino la que deriva de la incapacitación judicial.

### II. La incapacidad

Desde una perspectiva histórica podemos decir que el padecimiento de algunas enfermedades o la privación o pérdida de determinadas facultades se ha tenido en cuenta para adoptar algunas medidas en relación con los actos de trascendencia jurídica que tales personas pudieran realizar. En un principio – hablamos del Derecho romano – se atendía fundamentalmente a la salvaguarda de la seguridad del tráfico jurídico y a la protección del patrimonio de la persona afectada por aquellas enfermedades o carencias, para lo que se sometía al loco (*furiosus*) al *curator*. La perspectiva ha cambiado sustancialmente, porque hoy se mira más a la protección del propio sujeto enfermo. La preocupación por el discapacitado tiene un decidido anclaje constitucional; el art. 49 de la CE establece que «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 derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

Pero este giro en la forma de abordar la situación del discapacitado ha tenido también reflejo en lo terminológico; el RD 348/1986, de 10 de febrero establece la sustitución de los términos «subnormal» o «subnormalidad» por los de minusvalía y persona con minusvalía física, psíquica o sensorial, según los casos.<sup>2</sup>

El art. 199 CC sienta una norma fundamental: «nadie puede ser declarado incapaz sino por

sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley». Dos son, pues, los requisitos necesarios para que pueda hablarse de incapacidad: causa legal y declaración judicial hecha en sentencia y, por ende, tras el debido proceso.

Jurídicamente, pues, no hay incapaz si no hay previamente una declaración judicial que constituya ese estado civil que es la incapacidad. La doctrina jurisprudencial distingue entre «incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. Los artículos 199 y siguientes del CC se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida que en cada caso se determine (artículo 210), por la concurrencia de alguna de las causas establecidas en la Ley (artículos 199 y 200), mediante una sentencia judicial que la declare (artículo 199) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado. Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (artículos 1263.2 y 1301) (STS19 de noviembre de 2004).

Ello no quiere decir que los actos realizados por un incapaz por naturaleza tengan validez jurídica; podrán ser impugnados y anulados por carecer de las condiciones precisas para su validez (por ausencia o vicio del consentimiento).<sup>3</sup> Pero en tanto no haya una declaración judicial que le constituya en el estado de incapacidad, no podremos hablar de incapacitado. Dice la STS de 11 de junio de 2001 que «en tanto no se diga así señalando su alcance la persona seguirá gozando de facultad para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones sin perjuicio de la posibilidad de impugnar sus actos anteriores

---

<sup>2</sup> También la Organización Mundial de la Salud ha propuesto la utilización de los términos deficiencia, discapacidad, minusvalía. Vid. la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada el 22 de mayo de 2001 por la citada Organización.

por otras razones según su naturaleza, en una relatividad apreciativa que no deja de precisar la sentencia de 28 de julio de 1998 y ya había aclarado la de 23 de noviembre de 1981». Por ello se ha dicho que la incapacitación es una categoría de producción judicial (DÍEZ-PICAZO).

Según la jurisprudencia del TS (STS 30 de 6 de 2004) «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolable que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad -art. 10.1 CE- (STC 174/2.002, 9 de octubre). Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad (S. 19 de mayo de 1.998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (S. 16 de septiembre de 1.999), rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida de-

mostración de la deficiencia y su alcance (SS. 28 de junio de 1.990; 19 de mayo de 1998 -pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial-; 16 de septiembre de 1999 -la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada-); adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de inidoneidad (pues no debe extenderse más de lo necesario: S. 26 de julio de 1.999), en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido (S. 16 de septiembre de 1999) en la determinación del ámbito de la restricción.»

Cuando una persona mayor de edad es declarada incapaz por un tribunal, cesa la presunción de capacidad que es inherente a la mayoría de edad. En definitiva, la incapacitación declarada judicialmente supone una «reducción de la capacidad de obrar de la persona privándola de los poderes que tuviera sobre otras personas o respecto de bienes ajenos, con el consiguiente sometimiento a un poder protector» (LETE DEL RÍO).

### III. Las causas de la incapacitación

1. *El art. 200 del CC.*- Dice el art. 200 del CC que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a una

<sup>3</sup> Dice la ya citada STS de 19 de noviembre de 2004 que: «Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual (de cuya coincidencia plena con la de la otra parte sobre cosa y precio nace el contrato de compraventa: artículos 1258, 1262 y 1450 CC), cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la Sentencia de 4 de abril de 1984 precisa que la incapacitación mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente.

En ese sentido la jurisprudencia (Sentencias de 17 de diciembre de 1960, 28 de junio de 1974, 23 de noviembre de 1981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1967 y 10 de abril de 1987).

persona gobernarse por sí misma».<sup>4</sup>

El texto legal precedente a la reforma operada por la Ley de 24 de octubre de 1983 hablaba de locos o dementes y sordomudos que no supieran leer y escribir. Ahora, el legislador ha evitado enumeraciones concretas y cualquier terminología científica a cambio de recurrir a un enunciado descriptivo. En cierto modo, y tras haber leído el art. 199 del CC que limitaba la incapacitación a las causas que la ley establece, pudiera pensarse que el art. 200 no responde a las expectativas creadas por el primer precepto puesto que, a la postre, no contiene una enumeración de causas, conformándose con esta referencia, en verdad, genérica y abierta.

Conviene hacer, ya desde ahora, dos advertencias:

- a) Lo decisivo, desde la perspectiva jurídica, no es el origen patológico de la situación de la persona, sino los resultados a que esa situación puede conducir. No se trata de que sea detectada una determinada enfermedad, sino de que ésta, por sus características de intensidad y persistencia en el tiempo, impida a la persona gobernarse por sí misma.
- b) Hay determinados defectos o carencias físicas permanentes que no suponen por sí solas causa de incapacitación, si bien el ordenamiento jurídico las tiene en cuenta para excluir a la persona que

padece esas limitaciones de la posibilidad de intervenir o realizar determinados actos jurídicos. Ocurre así, por ejemplo, con la *ceguera*; los ciegos no podrían ser testigos en los testamentos (art. 681.2º CC), ni pueden otorgar testamento cerrado (art.708 CC) y el otorgamiento de testamento abierto exige formalidades especiales (conurrencia de dos testigos idóneos, art.697.2º CC). En relación con la *sordera*, cuando es total impide a quien la padezca intervenir como testigo en los testamentos (art.681.2º CC), y el otorgamiento de testamento abierto por un sordo que no sabe o no puede leer, requiere la formalidad especial de la intervención de dos testigos idóneos que leerán el testamento en presencia del Notario, debiendo declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador (art.697.2º CC). La *mudez* impide también ser testigo en los testamentos (art. 681.2º), y solo podrán otorgar testamento cerrado los mudos si saben y pueden escribir, pero observando formalidades especiales (art. 709 CC). Por último, en los supuestos de *sordomudez*, si el sordomudo sabe leer y escribir, solo tiene las inhabilidades propias de la sordera y de la mudez; pero si no sabe leer y escribir, no podrá contratar (art. 1.263.2º CC) y tampoco podrá testar, en

---

<sup>4</sup> Como se puede apreciar, el precepto no se refiere a la prodigalidad. Consiste ésta en el comportamiento desordenado, reiterado y habitual, de una persona que supone un riesgo cierto y actual para el patrimonio familiar y, por ende, para sus familiares, fundamentalmente el cónyuge y los descendientes. Pródigo es quien, sin medida ni razón, dilapida el patrimonio. Aun no incluida entre las causas de incapacitación, sí da lugar a limitación de la capacidad de obrar (en la esfera patrimonial) y de sumisión a curatela (art.286.3º CC). En ese sentido viene a suponer una incapacitación parcial. Desde la reforma del CC por Ley 13/1983, la regulación de la prodigalidad quedó separada de la incapacitación. La prodigalidad requiere de una declaración judicial, para lo que ha de seguirse el procedimiento correspondiente, que lo es el mismo previsto para la incapacitación en la LEC, con alguna especialidad en materia de legitimación activa. Pero no obstante esa asimilación de tratamiento procesal, se trata de dos instituciones bien distintas. Por ello, no vamos a ocuparnos de la prodigalidad en las presentes líneas, cuyo interés se ha de centrar en la incapacitación derivada de enfermedad mental.

la medida que las formas de hacerlo, tal como aparecen reguladas en el CC, no se acomodan a su situación.

2. *Requisitos legales para la incapacidad.*- Dicho lo anterior, veamos cuáles son las exigencias legales para la incapacidad:

A) *Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico.*- La formulación del legislador es deliberadamente amplia, pues en el debate parlamentario prevaleció finalmente este enunciado sobre otros que contenían ciertas especificaciones<sup>5</sup>; al legislador le importa más destacar las consecuencias, los efectos de la enfermedad o la deficiencia en el sujeto. Esa amplitud permite incluir las distintas manifestaciones de aquellas enfermedades o deficiencias, debiendo ser los peritos (médicos forenses, psiquiatras) – dicen DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA- los que determinen si una persona en concreto se encuentra o no en una situación de este tipo. Tradicionalmente, dicen los autores citados, se distinguen tres clases o categorías de causas de incapacidad:

1. Las derivadas de alteraciones o deficiencias psíquicas o mentales
2. Las motivadas por alteraciones o deficiencias de carácter físico
3. Las producidas por alteraciones o deficiencias psico-físicas.

Ha de tratarse, como es evidente, de enfermedades o deficiencias actuales, no pasadas ni futuras y es indiferente que sea congénita o adquirida.

El art. 200 del CC habla de enfermedades y deficiencias; las primeras suponen procesos patológicos que producen un

mal funcionamiento de las facultades mentales (ej. psicosis, paranoias, neurosis, psicopatías); en el caso de las deficiencias, aquellas facultades aparecen disminuidas o infradesarrolladas (ej.: oligofrenias). «En términos generales – dice la STS de 31 de diciembre de 1991- hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes».

B) *La persistencia.*- El requisito de la persistencia supone una prolongación en el tiempo de entidad suficiente como para justificar la adopción de medida tan trascendente como la de la incapacidad; se excluyen, pues, como base de la incapacidad los supuestos de trastorno mental de carácter transitorio o la pérdida del autogobierno meramente temporal (pérdida de conciencia transitoria, embriaguez...). La enfermedad o deficiencia incapacitantes han de existir en el momento de la declaración de incapacidad y preverse su continuidad después de dicha declaración. Ahora bien, esa persistencia no significa que la enfermedad o la deficiencia hayan de ser incurables; prueba de ello es que la LEC prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad.

La persistencia, por otro lado, supone la permanencia en el tiempo con indepen-

<sup>5</sup> Por ejemplo, se hablaba de la enfermedad y la deficiencia mentales, las deficiencias orgánicas o funcionales persistentes y el alcoholismo y la toxicomanía graves y habituales.

dencia de la mayor o menor intensidad periódica. Por ello, las enfermedades mentales crónicas y de carácter cíclico pueden revestir la nota de persistencia, pese a que la situación de incapacidad no sea permanente o constante, sino esporádica, en los momentos en que la fase crítica de la enfermedad sobrevenga. Es decir, la enfermedad puede ser persistente, pero tener manifestaciones periódicas o cíclicas. Ocurre que, entonces, debe ponderarse la frecuencia e intensidad de las crisis sufridas por el sujeto para decidir la incapacitación y, en su caso, graduar su alcance y extensión. La frecuencia e intensidad de las crisis puede justificar la incapacitación plena. Podrá ser parcial si las crisis se presentan muy espaciadas en el tiempo, incluso podría ser dudosa la incapacitación si las crisis son benignas, muy espaciadas o de muy corta duración, porque entonces sería cuestionable la idea de la persistencia. Como en tantos casos ocurre, habrá de estarse a las peculiaridades de cada caso particular.

Es ilustrativa a este respecto la STS de 10 de febrero de 1986; en esta ocasión la incapacidad se pretendía de persona que con una base paranoide, padecía una psicosis fásica, maniaco-depresiva, de evolución crónica, con acusada sintomatología, que si, ciertamente, fuera de la fase cíclica, o sea en el intercrítico, no le incapacitaba desde el punto de vista neuropsiquiátrico, no ocurría así, sin embargo, cuando la fase cíclica le producía pérdida de juicio de la realidad y otras deficiencias, que es precisamente lo que determina, en tales circunstancias, causa de incapacidad; en este caso el TS afirmaba que:

la incapacidad, a efectos civiles, no emana de lo que merezca tal consideración en el

aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de las circunstancias, que el mencionado precepto establece, de que exista en una persona, cual sucede con la ahora recurrente, una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico -en este caso la indicada reconocida psicosis fásica, maniaco-depresiva, de evolución crónica- que impide a la persona gobernarse por sí misma -cuando, como también viene reconocido, dicha enfermedad tiene manifestación en fase cíclica, o sea cuando se producen crisis maníacas-; y sin que para la apreciación de la causa de incapacitación que previene el aludido artículo 200 del Código Civil, en su vigente redacción, sea obstáculo el que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino esporádicamente cuando las referidas fases cíclicas o críticas se produzcan, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia se ha de considerar en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado,

La citada enfermedad tiene para el TS

la consideración jurídica de persistente a que se refiere el citado artículo 200 del Código Civil a efectos de generar causa de incapacitación, desde el momento que su dicho carácter crónico y el no constar precisión de cuándo la afectada por la referida enfermedad entra en las indicadas fases cíclicas o críticas, evidentemente

significa, a efectos jurídicos, persistencia, ya que ésta, como ya lo revela su significación gramatical, es su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia en su consecuencia de su mayor o menor intensidad periódica, tampoco cabe desconocer que el invocado artículo 200 del Código Civil, mediante el adecuado cumplimiento de lo normado en el artículo 208 del mismo Cuerpo legal sustantivo, graduando posibles aspectos de incapacitación que depare la realidad, previene que ha de determinarse su extensión y límites, así como el régimen a que por su derivación haya de quedar sometido el incapacitado

De todos modos, y respecto de estas enfermedades de carácter cíclico, no hay unanimidad a la hora de evaluar como correcta la solución de la incapacitación, ni siquiera recurriendo a la fórmula de la curatela, más benigna, menos rigurosa que la tutela. Se trata de enfermos que sometidos a un tratamiento continuado y eficaz son capaces; es la interrupción en el tratamiento lo que les aboca a estados de incapacidad. Acordar y mantener la situación de incapacitación permanente, pese al conocimiento y previsión de un estado de capacidad en tanto la persona se mantiene bajo tratamiento y, por tanto, sin manifestación alguna de la enfermedad, no deja de ser inquietante. Por eso, algunos propugnan otras fórmulas de protección no incapacitante con algún pronunciamiento judicial que asegurase el tratamiento médico y que la persona actúa en situación de plena capacidad, lo que se podría conseguir estableciéndose en sentencia la necesidad de dictamen facultativo para la realización de los actos de mayor trascendencia jurídica, y en caso de informe negativo, el recurso a

la figura del representante legal nombrado judicialmente para el otorgamiento del acto. (RIBELLES DURÁ).

C) *Falta de autogobierno de la persona.*- No basta con la constatación de una enfermedad o deficiencia persistente, sino que es preciso, además, que a causa de ellas la persona no pueda gobernarse por sí misma. Sin este efecto, no cabe la incapacitación. Como dice DÍEZ-PICAZO, la idea de gobernarse por sí mismo constituye el centro de gravedad de todo el art. 200 del CC; lo que se quiere decir con esta expresión, no técnica, pero sí gráfica, explica el citado autor, 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.

Dice la STS de 28 de julio de 1998 que

para que se incapacite a una persona, no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual, puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien, incluso, con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudice mucho más la dolencia o patología, porque, lo que verdaderamente sobresale, es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por sí misma.

Se ha puesto de manifiesto, en relación con esta expresión, que si su flexibilidad tiene ventajas, comporta el riesgo de la inseguridad jurídica. Inevitablemente queda en manos de los jueces la ponderación de to-

dos los elementos de juicio y circunstancias concurrentes en cada caso (capacidad de entendimiento y raciocinio, lucidez, madurez, etc.) para determinar en cada caso concreto la procedencia de la incapacidad y la extensión de los efectos de su declaración. Aun más, no están vinculados los jueces por el criterio de los facultativos; como hemos visto más arriba, el TS, en la antes citada sentencia de 10 de febrero de 1986, ya advierte que la incapacidad, en lo que al ámbito jurídico concierne, no deriva del juicio que merezca en el aspecto estrictamente médico de índole psiquiátrica, sino simplemente de la circunstancia de que exista en una persona una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí misma.

Repárese en que la nota de persistencia o permanencia a que se refiere el art. 200 del CC, no se refiere a la imposibilidad de autogobierno; la permanencia ha de afectar a la enfermedad. Lo normal y frecuente será que la persistencia en la enfermedad suponga, a la vez, la de la falta de autogobierno porque se vea afectada la capacidad natural del sujeto, ya sea en forma plena o parcial, es decir, para todos los actos jurídicos o solo para algunos. Pero habrá casos -lo hemos visto antes, al referirnos a las enfermedades cíclicas- en que sea previsible que el enfermo atraviese etapas o períodos de capacidad.

3. *Casuística y criterios jurisdiccionales.*- Hagamos una breve incursión en la casuística, no exhaustiva evidentemente, sino meramente ejemplificadora de los criterios jurisdiccionales en la materia.

En el ámbito de las *oligofrenias* encontramos los trastornos cromosómicos (síndrome de Down); esta deficiencia no ha de conducir necesariamente a la plena incapacitación; los logros obtenidos por técnicas pedagógicas

permiten distinguir niveles diversos de madurez y, por ende, también una graduación en la necesidad de protección tutelar. Tenemos un ejemplo en la sentencia de la AP de Barcelona de 9 de abril de 2003. Se trataba de un joven de 19 años con síndrome de Down (padecía también diabetes, celiaquía e hipertiroidismo) que había sido incapacitado por el Juzgado de Primera Instancia; la Sala de apelación, tras examinar detenidamente las conclusiones de los facultativos y las propias obtenidas del examen directo, entiende que no procede una incapacidad plena, sino parcial; dice la efecto el tribunal:

En conclusión, el estado presente de cosas, en que el incapaz carece de los recursos necesarios para ser autosuficiente en aspectos propios del día a día (efectuar la compra con una mínima independencia, efectuar recados y gestiones, por sencillas que sean, moverse por la ciudad o el entorno requiere una supervisión para todo lo que tiene que ver con su salud; además, cara al futuro, es patente la incapacidad del mismo para enfrentarse a la paternidad, y a la crianza y educación de hijos, lo que sin duda sería vivido como un trauma de consecuencias ahora impredecibles, como para consentir válidamente el matrimonio.

Por esas consideraciones, la Sala debe disentir del fallo de instancia, y declarar la incapacidad parcial a la supervisión general de todos los actos de la vida personal, declarar específicamente su incapacidad para contraer matrimonio y formar pareja estable, y proveer al demandado de lo que necesita: la rehabilitación de la patria potestad que le represente en el campo patrimonial a todos los efectos y que en el campo personal vele especialmente por los cuidados médico-sanitarios, porque mantenga la calidad de vida que tiene, su

trabajo y sus amistades y pueda decidir por ella acerca de las medidas terapéuticas más adecuadas para evitarle riesgos importantes, como una paternidad no sólo no deseada sino de muy perjudiciales consecuencias para su psiquismo.

Finalmente, en la parte dispositiva la sentencia declara al demandado en estado de incapacidad parcial, se rehabilita la patria potestad de sus padres, que ejercerá exclusivamente la madre, extendiéndose la incapacidad a:

a la totalidad de actos necesarios para la administración y disposición de sus bienes y en la esfera personal, se declara su incapacidad para contraer matrimonio y formar pareja estable, para testar y realizar actos de comercio, negocios y contratos y demás actos con trascendencia jurídica, excepto para contratar laboralmente en circunstancias especiales para discapacitados psíquicos o sensoriales, debiendo quedar en todos los actos de su vida cotidiana sometida a supervisión general de la progenitora, la cual velará por sus especiales cuidados médico-sanitarios por la recuperación de la capacidad en la medida de lo posible y podrá decidir por él acerca de las medidas terapéuticas al efecto, así como acerca de las más adecuadas para evitarle los riesgos de una paternidad no deseada. Mantendrá para todo lo demás su capacidad en la esfera personal.

La sentencia de 12 de noviembre de 2004 de la AP de Asturias revoca la decisión del juez que deniega la incapacidad solicitada por la madre de un menor de edad que padece síndrome de Down y una deficiencia mental media; según el informe médico forense, ambas son afecciones (enfermedades y deficiencias) persistentes que impiden de modo importante a la persona el gobierno

de su persona y de modo muy importante el de sus bienes; el tribunal de apelación estima que, a la vista de tales conclusiones, no cabe duda de que concurre causa de incapacidad, conforme a lo establecido en el art. 200 del CC. Al mismo tiempo, y como quiera que se trataba de un menor de edad, de conformidad con el art. 171 del CC, acuerda mantener la patria potestad que ostenta su madre, por fallecimiento del otro progenitor, y su prórroga cuando llegue el incapaz a la mayoría de edad.

El retraso mental permite una gradación de sus efectos en función del desarrollo de las facultades intelectivas del sujeto. Por ello, no debe necesariamente acarrear una incapacidad plena, sino que permite la parcial, de suerte que la extensión de la incapacidad judicial ha de acomodarse al mayor o menor grado de intensidad con que aquél se manifieste, pudiendo dar lugar a la apreciación de una incapacidad atenuada cuando el retraso es discreto (SSTS de 6 febrero 1968 y 31 diciembre 1991). Esta última sentencia citada, revoca en parte la de instancia que declaraba la incapacidad de la demandada que padecía un retraso mental discreto (debilidad mental), o, en su caso, leve y permanente -coeficiente intelectual 60, Dígito 317.0 de D. S. M. III-, que si bien no le impedía gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, sí generaba disfunciones y estados de anormalidad atenuados, con incidencia suficiente para que sus comportamientos no encajasen en las pautas de la normalidad corriente, tanto en su escasa vida laboral, como en la social de relación, en la familiar y en la más sensible de cuidado y atención de sus dos hijas. Valorada la situación de la demandada a la luz de los informes periciales, el TS sostiene que

la incapacidad que como estado y situación que puede afectar a doña Ana María

P. E. no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuada que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley de 24-10-1983, vino en cierto sentido a resucitar y rescatar.

El TS somete a la demandada a curatela para los actos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos, así como actos de disposición a título gratuito sobre los mismos bienes, renuncia de derechos, transacción, sumisión a árbitros, etc., que deberán además someterse a la aprobación judicial.

Decisión semejante se adopta por la SAP de Málaga de 15 de enero de 2002. Se trataba de persona adecuadamente orientada que no sufría ni había sufrido patología psiquiátrica de naturaleza psicótica, pero sí era ostensible su «debilidad mental» que la hacía extremadamente sugestionable y crédula, teniendo un conocimiento muy imperfecto de su propia personalidad y de la de los demás, enfermedad permanente e irreversible que incidía directamente sobre su capacidad intelectual y volitiva para el adecuado gobierno de sus bienes, estado que justificaba la plena y absoluta necesidad de proceder a adoptar las medidas de guarda pertinentes en evitación de cualquier clase de quebranto en su patrimonio; la Sala somete a la incapacitada a curatela, para que el curador, en aras del interés y beneficio de la incapaz, intervenga y le asista en todos los actos de enajenación,

gravamen y disposición sobre sus bienes y demás legalmente ordenados.

La SAP de Toledo de 21 de enero de 1999, en un supuesto de retraso mental moderado advierte que:

Las limitaciones parciales en la capacidad de obrar que esta Sala considera conveniente acordar, dadas las circunstancias expuestas, no han de extenderse a todos los actos de la supuesta incapaz, incluidos los de mera administración, según pretende la demanda, sino esencialmente a los de carácter dispositivo o de gravamen que el art. 323 del CC establece para la emancipación, prorrogándose, tal y como se solicita en la demanda, la patria potestad a favor de la madre actora y apelante (art. 171 CC), en lo que concierne a dichos actos, lo cual ha de estimarse incompatible con la sujeción a tutela, igualmente interesada en la demanda, según se infiere claramente del art. 223.3º del CC.

En consecuencia, declaran a la demandada incapaz para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales, así como objetos de extraordinario valor, y acuerda su sometimiento, en lo que a dichos actos se refiere, a la patria potestad prorrogada a favor de la demandante.

La STS de 30 de junio de 2004 también declara la incapacidad parcial en un supuesto de oligofrenia leve causante de un retraso mental ligero o leve; del demandado se afirma una capacidad intelectual disminuida, y capacidad para realizar tareas sencillas y vivir con más o menos independencia en medios protectores, pero resulta incapaz para gobernar bienes e incluso su persona (muy influenciable y de fácil engaño) en un medio social normal. El Juzgado y la AP estimaron la incapacidad total y sometimiento a tutela.

El TS, en cuanto aprecia en el sujeto -además de una importante carencia de instrucción que exige un remedio de culturización adecuado- un retraso mental discreto que precisa se complemente, integre y asista en el aspecto patrimonial mediante la institución intermedia de la curatela, considera que se trata de un caso de incapacidad atenuada, «en que habida cuenta que el grado de discernimiento del sujeto excluye la apreciación de inhabilidad para gobernarse totalmente por sí mismo, ni afecta en medida importante, se hace innecesario establecer la tutela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes». Acuerda, entonces, declarar la incapacidad parcial o relativa del demandado acordando la protección legal de la curatela y fija su extensión y límites en el sentido de exigir la asistencia y autorización para los actos consistentes: A) Enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebrar contratos y realizar actos susceptibles de inscripción; y, B) Administrar o realizar operaciones u otros actos en los que se impliquen grandes cantidades de dinero, pudiendo disponer de todas aquellas cantidades normales para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (el considerado como «dinero de bolsillo») sin autorización.

También declara la incapacidad parcial la SAP de Zaragoza (Secc 2ª) de 20 de septiembre de 2005; se trataba de un joven de 19 años de edad que presentaba un retraso mental leve, y carecía de autonomía doméstica y social adecuada; también padecía una insuficiente capacidad para actividades normales propias de un adulto y autonomía parcial para la administración de sus bienes; a la vista del informe médico-forense el tribu-

nal estima que su capacidad de autogobierno está parcialmente limitada. En relación con el ámbito de la función tutelar entiende el tribunal que la persona de cuya incapacidad se trata, necesita ayuda y control no solo para los actos de administración extraordinaria sino incluso para los actos de administración ordinaria en cuanto a cantidades de dinero que superen un límite, determinado para atender a pequeños gastos diarios.

Incapacidad total se acuerda en el caso enjuiciado por la SAP de Barcelona (Secc. 18ª) de 13 de abril de 2005. En este caso, la demandada, de 26 años de edad, tenía reconocido un grado de disminución del 65 %, presentaba una tipología de debilidad mental profunda con presumible C.I. de 0'60-0'70, según informes médico-forenses, con serias dificultades no sólo en el ámbito de la gestión de sus ingresos o patrimonio, sino incluso en la esfera personal, precisando del constante apoyo, ayuda y supervisión de su familia, que atiende a sus necesidades habituales de alimentación, cobijo y salud. La situación de fragilidad de la demandada lleva al tribunal a decidir la prolongación la tutela de sus padres rehabilitando la potestad.

Las *psicosis esquizofrénicas* son causa frecuente de incapacitación. No faltan, sin embargo, casos en los que se ha denegado la incapacidad. Así en la SAP de Baleares de 12 de diciembre de 1996 que en un supuesto de esquizofrenia paranoide crónica porque, aun tratándose de enfermedad persistente en el tiempo e irreversible, en aquel momento estaba controlada mediante tratamiento ambulatorio, conservadas las facultades psíquicas del sujeto.

La AP de La Coruña, en Sentencia de 23 de mayo de 2001, sin embargo, declaró procedente la incapacidad de mujer que padecía esquizofrenia paranoide residual, de años

de evolución con efecto de progresivo deterioro, motivo por el que necesitó diversos internamientos hospitalarios, y como quiera que, aun estando en aquel momento compensada en un medio protegido (un Asilo) donde reside y se le administra la medicación diariamente, se trata de un trastorno crónico del que no cabe esperar remisión, que no tiene conciencia de su enfermedad y el abandono de la medicación puede generar nuevas recaídas con empeoramiento progresivo de la clínica defectual, el tribunal decide acordar la incapacidad.

También la SAP de Valencia de 21 de enero de 2000 en un caso de psicosis esquizofrénica crónica estimó la plena incapacidad. Con descripción de la enfermedad dice la sentencia:

«En estos enfermos que manifiestan un defecto volitivo, a pesar de tener conservada más o menos la vida intelectual, existe una falta de iniciativa y espontaneidad. Por ello, sus intereses en muchas ocasiones, pueden no estar suficientemente protegidos en sus manos: descuidan su administración y no se deciden a emplear sus rentas; en suma, tienen una evidente restricción de su personalidad jurídica. Si no les afecta el defecto volitivo, puede alterar su capacidad de obrar un trastorno afectivo; en esta esfera tiene una gran importancia civil la indiferencia, pérdida de interés por todo lo ambiental, resultado del autismo de menor o mayor intensidad que les suele acompañar, que convierte a estos enfermos en víctimas fáciles de sugerencias expoliadoras. Por último, en otras ocasiones, se eclosionan sus ideas delirantes (de influencia, de intervención, persecutorias, etc.), o trastornos sensorio-perceptivos (alucinaciones auditivas fundamentalmente) en las descompensaciones psicóticas, puede conducirles a

extremos nocivos a sus intereses». Concluyendo que: «1º. El reconocido en el momento de serlo, presenta una inteligencia técnicamente inalterada con una capacidad volitiva mermada, que deriva hacia una falta de iniciativa y espontaneidad. 2º. El reconocido en el momento de serlo, no evidencia sintomatología psicótica activa, ni se constata una ruptura en el sentido de la realidad. 3º. La capacidad de autogobierno de persona y bienes se encuentra disminuida a consecuencia de un defecto volitivo, asociado a una efectividad plana e inapropiada a las circunstancias del ambiente; lo que repercute de forma más ostensible en la pérdida de la capacidad administrativa compleja. 4º. El trastorno mental que padece el informado, actualmente posee el carácter de permanencia, en el sentido de ser duradero y prolongado en el tiempo, sin que pueda preverse si en un futuro cesarán los caracteres patológicos; y sin que pueda excluirse una discontinuidad de éstos en su evolución futura»»

La *esquizofrenia paranoide* también sirvió para declarar la incapacidad en la SAP de Baleares de 3 de junio de 2003 habida cuenta que el demandado no podía gobernar su persona ni organizarse la vida, ni controlar los delirios de su mente, por lo que necesitaba una persona que lo cuidase (también en la SAP de Guadalajara de 10 de octubre de 1996, la de Guipúzcoa de 30 de julio de 1999, o en la de la AP de Asturias de 13 de abril de 2000 en supuesto de esquizofrenia paranoide agravada por el uso de drogas y por la negativa a seguir tratamiento adecuado).

En el caso visto por la AP de Barcelona (Secc. 18ª) en sentencia de 21 de abril de 2005, en supuesto de esquizofrenia crónica con numerosos trastornos de conducta asociados al consumo de alcohol, la incapacitada

recurre la resolución del Juzgado que había declarado su incapacidad total, solicitando fuese sustituido tal pronunciamiento por el de incapacidad parcial; la Audiencia desestima el recurso y mantiene la decisión del tribunal de primer grado; afirma el tribunal que

en análisis de la prueba practicada consideramos que no procede la petición de incapacidad parcial, ni tampoco procede el considerar la declaración de incapacidad parcial en vista de la posibilidad que en un futuro con el adecuado tratamiento pueda resultar una mejora que permita atender a una incapacidad parcial, como se indica por el apelante en base al trabajo que se está realizando actualmente en el centro de salud mental. Ciertamente es de desear que haya un seguimiento del tratamiento, con abandono del alcohol, que permita una recuperación de Don Luis Ángel, siendo que como informa el médico forense en esta alzada, el alcohol unido a la esquizofrenia crónica de años de evolución (empezó a los 16-17 años), provoca el que actualmente no tiene capacidad de autogobierno, señalando que solo con que dejara el alcohol su vida sería otra.

Pero debemos aquí valorar el momento presente, y no el efecto de un tratamiento con buen resultado, que todos deseamos, pero que precisa de un tiempo y, con el necesario seguimiento y control, y abandono del alcohol, en que insiste el médico forense. Por lo que atendiendo a la situación presente de Don Luis Ángel, que padece una esquizofrenia crónica con numerosos trastornos de conducta asociados al consumo de alcohol, como informa el Hospital de salud mental en que se halla actualmente ingresado, debe proceder confirmar la sentencia de instancia, y sin perjuicio de que

conforme el art. 212 del C. Civil, sobrevenidas nuevas circunstancias, como en este caso sería una clara mejoría y estabilidad de la enfermedad que padece, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida...

En algún caso, la esquizofrenia paranoide ha determinado una incapacidad parcial; es el supuesto de la SAP de Barcelona de 15 de julio de 2002, respecto de la demandada que padece esquizofrenia de años de evolución, trastorno persistente que precisa cierta supervisión, con aptitud para realizar compras sencillas, pero sin capacidad para la administración económica de cierta complejidad. A la vista de las conclusiones del informe médico forense, el tribunal estima que la demandada requiere de cierta limitación de disponibilidad de su patrimonio en beneficio de su propio bienestar económico.

También fue causa de incapacitación solo parcial en la SAP de Madrid de 10 de enero de 2003

En efecto, se ha podido comprobar que Ernesto, mayor de edad, convive con sus padres, lleva una vida familiar muy normalizada, perfectamente integrado en el entorno de sus padres con los que reside, es consciente de la enfermedad que padece y por ello se somete de un modo voluntario al tratamiento médico que necesita, al tiempo que consigue la integración en el ámbito social y laboral, por cuanto que trabaja e incluso conduce un vehículo; todo ello es corroborado por sus padres y su hermano, coincidiendo con lo manifestado por el propio Ernesto. Sin embargo no es posible obviar la situación psíquica en la que se encuentra, según se indicó en el informe médico forense evacuado en la instancia, si bien hemos de tener en cuenta

la prueba pericial psiquiátrica practicada en esta alzada por el especialista en psiquiatría y neurología de la Clínica Médico Forense de Madrid, quien en su informe señala que aquél padece desde hace años un proceso de esquizofrenia, con evolución persistente, resultando de ello una esquizofrenia residual, por lo que sigue tratamiento psiquiátrico y acude a los controles de revisión periódicamente, si bien no presenta sintomatología psicótica activa; cuenta con apoyo familiar y trabaja en una empresa familiar, manteniendo, en la actualidad, un aceptable grado de autogobierno. Por ello, y en consecuencia del estado actual de su enfermedad, presenta una disminución de su capacidad de autonomía que, terapéuticamente, está indicado preservar, si bien precisa de una protección parcial de su persona y de sus bienes.

En estas circunstancias, es lo procedente declarar parcialmente su incapacidad en lo relativo a los actos extraordinarios de administración y en aquellos otros de disposición de su patrimonio y bienes, por considerar que, por el momento, el mismo estaba habilitado para el cuidado ordinario y habitual de su persona o para realizar actos y operaciones ordinarias en el ámbito de la administración y gobierno de su patrimonio, como así lo acredita la vida laboral activa que lleva y la aptitud para recibir y administrar su salario, que destina a sus cotidianas necesidades. Por idénticas consideraciones, es lo procedente habilitar a los padres de aquél para el seguimiento y control de la enfermedad.

En otro supuesto de esquizofrenia paranoide, la SAP de Zaragoza (Secc. 2ª) de 5 de mayo de 2005 revoca la decisión del juez de instancia que había rechazado la petición de incapacidad del demandado, y acuerda

la incapacidad parcial. Probablemente, en el juez de la primera instancia influyó el hecho de que, pese a que había sufrido diversas descompensaciones agudas que determinaron varios ingresos en Servicios de Psiquiatría, el informe del médico-forense decía que presentaba buena orientación auto psíquica y temporo-espacial, no habiéndose observado trastornos del curso ni del contenido del pensamiento ni observado ideación delirante, sin que se evidenciase sintomatología determinante de una incapacidad para el autogobierno de su persona y para la administración de sus bienes, si bien, dadas las características de la enfermedad, no se descartaba que en un futuro la situación se viese modificada y con ella la capacidad del informado, que en los episodios psicóticos agudos quedaría gravemente menoscabada o incluso anulada. Pero el tribunal de segunda instancia señala que

aunque la enfermedad de Domingo no sea permanente, esta latente y puede rebrotar entre períodos asintomáticos y dar lugar a crisis que, siendo imprevisibles en cuanto al momento en que han de producirse, surgirán con seguridad. Lo que, a los fines de prestar al enfermo la protección que merece, justifica debidamente a juicio de esta Sala su incapacidad parcial y «ex» art. 171 CC la rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre, circunscrita la misma, en cuanto a su ámbito de intervención a la administración y disposición de los bienes del incapacitado, al control del tratamiento médico indicado para su enfermedad y a la adopción de las medidas adecuadas a su ingreso en la Unidad de Psiquiatría en las crisis de agudización sintomática con ausencia de conciencia de enfermedad.

Por los términos en que el tribunal concibe la limitación impuesta al incapacitado, es

singular la SAP de Valencia (Secc. 10ª) de 27 de abril de 2005. El Juzgado había declarado la incapacidad absoluta del demandado; el recurrente sostiene que para su declaración de incapacidad es necesaria no solo la existencia de la enfermedad que le fuera diagnosticada (esquizofrenia paranoide), sino también que esa la misma implicase una imposibilidad de valerse por sí mismo, lo que en el caso enjuiciado no resultaba acreditado en opinión de la parte apelante, ya que podía realizar por sí mismo las tareas cotidianas de aseo, higiene, alimentación, vestido y autonomía. El tribunal parte de la idea de que

Al ser la incapacitación de una persona una cuestión que afecta directa e inmediatamente al ejercicio de los derechos y libertades consagradas en la Constitución, aún más, al núcleo esencial de los derechos que le son inherentes y que configuran su estado civil, se erige en cuestión que escapa del interés puramente privado para entrar de lleno en la esfera del orden público, de lo que se deriva la desvirtuación del principio dispositivo y su sustitución por el inquisitivo de modo que queda fuera del poder de las partes la iniciación del proceso, la facultad de delimitar el objeto de la contienda, la transacción, allanamiento o sumisión a arbitraje, así como los principios de aportación de parte y verdad formal ceden ante los principios de oficialidad de la investigación al objeto de que el juzgador llegue a conocer la verdad real.

A la vista de las pruebas practicadas, y la audiencia del propio paciente y sus familiares, el tribunal dice que se trata de una persona que tiene la suerte de vivir en un entorno familiar estable y, ello no obstante, hacer vida independiente en el núcleo familiar, dentro de una población pequeña, donde es más fácil el control por parte de la comunidad

y la solidaridad entre sus miembros; según el informe del médico forense, si se tratara médicamente su enfermedad podría controlar su agresividad y comportarse como una persona normal; el problema radicaba en la falta de conciencia de su enfermedad que le hacía desistir de tomar medicación. El tribunal concluye:

Pues bien valorando todos esos datos que ofrecen las actuaciones y de acuerdo con el art. 200 del Código Civil y 760 de la LEC, procede declarar la incapacidad del recurrente y la rehabilitación de la patria potestad de sus padres - extremo éste no impugnado-, a los solos efectos de su sometimiento al tratamiento médico que se le prescriba, pues es precisamente la incapacidad para autodeterminarse en el terreno del cuidado de su propia salud lo que ha quedado evidenciado en autos, de modo que incapacitándolo en ese concreto aspecto deberá someterse al tratamiento médico que se le prescriba, para lo cual necesitará del apoyo de los servicios sociales del Ayuntamiento de su residencia en colaboración con los servicios públicos de asistencia sanitaria del mismo, los cuales facilitarán diariamente bajo supervisión de sus padres la toma de la medicación necesaria para hacer del recurrente una persona que pueda con normalidad vivir en la sociedad.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse la posibilidad que el art. 212 del C. Civil le brinda de que sobrevenidas nuevas circunstancias, tales como la estabilidad o mejoría de la enfermedad de carácter irreversible que padece, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

La *demencia senil*, que es un proceso degenerativo cerebral, según el nivel de deterioro alcanzado puede ser, también, causa de incapacitación. La STS de 19 de mayo de 1998 contemplaba un supuesto en el que la demandada padecía demencia senil de tipo mixto, de curso progresivo e irreversible, caracterizada por deterioro de sus funciones cognitivas del 40%, trastorno persistente debido al cual se hallaba impedida para regir su persona y administrar sus bienes; se trataba, en definitiva, de la enfermedad de Alzheimer en fase avanzada.

De otro supuesto de Alzheimer se ocupaba, para declarar la incapacitación total, la SAP de Sevilla de 13 de noviembre de 2002:

si la forense dice que la demandada está diagnosticada de Alzheimer, debemos en principio aceptar la veracidad de esa afirmación; y lo mismo sucede con las afirmaciones referentes a que doña Josefa está desorientada en el tiempo y parcialmente en el espacio; a que presenta un importante deterioro de la memoria; a que sólo conoce parcialmente la realidad social que vive; a que no conoce ni maneja el dinero, ni sabe cuál es el valor real de las cosas, etc.

También la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2002 declara la incapacitación total de mujer de 80 años afectada de una demencia senil cuya patología

si bien le permite la realización de algunos de los actos más elementales de la vida – aunque sólo los de carácter rudimentario y limitados a los rutinarios de la residencia geriátrica en la que se encuentra ingresada–, le impide todas aquellas conductas tendentes al proveimiento de los elementos necesarios para su propia existencia, precisando el apoyo constante de otra u otras personas, que velen por ella, la cuiden y la representen, todo lo cual determina y

comporta, en definitiva y sin necesidad de mayores consideraciones, su imposibilidad de autogobierno y la necesidad de auxilio de terceras personas, tanto en el aspecto patrimonial, como en el personal, por lo que procede declararle plenamente incapaz a todos los efectos legales, para lo cual debe nombrársele un tutor a fin de otorgarle la protección que precisa.

En el supuesto que estudia la AP de Asturias (Secc. 1ª) en la sentencia de 21 de febrero de 2005, el Juzgado de Primera Instancia había desestimado la declaración de incapacitación; la sentencia recurrida basaba su denegación en que el estado de salud del demandado «es más que aceptable para la edad que tiene», disfrutando de «autonomía para la vida doméstica y cierta actividad social»; en cuanto a la esfera patrimonial, aun cuando – dice la sentencia– el informe de la médico forense habla de «un deterioro cognitivo compatible con un cuadro de demencia senil, de entidad moderada, permanente e irreversible, si bien en la actualidad se encuentra estabilizado», añade que «es perfectamente capaz de realizar actividades simples en la esfera económica tales como realizar un testamento o realizar una compraventa y es plenamente consciente en caso de realizarlas del fin de tales operaciones». Por todo ello, el juzgado de instancia, concluye que no concurre causa para la incapacitación. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia repara en que en el mismo informe de la médico forense aparece una última conclusión médico legal: «que precisa de una tercera persona que le administre sus bienes con plenas garantías». Y añade

Pues bien, parece necesario relacionarlo con circunstancias también recogidas por la perito como son que las personas que se encuentran en la situación de D. Blas ,

es decir de 84 años de edad, con demencia senil, con dificultades en el cálculo mental y tendencia a la fabulación, así como con deterioro cognitivo moderado «son muy sugestionables e influenciables por cualquiera en sus decisiones». Precisamente, el hecho de haber contraído segundas nupcias, canónicas, el 15 de junio de 2004 con una persona a la que había conocido hacía un breve lapso de tiempo, y después de que en el previo expediente de Registro Civil el mismo Juzgador hubiere denegado el matrimonio civil, hacía ya ver tanto algún motivo que justificaba aquella negativa cuando algún posible problema atendiendo a las circunstancias de las dos personalidades de los nuevos esposos. Se presenta además como parcialmente incongruente una resolución como la en estos momentos apelada, en la que se manifiesta una seguridad casi total en el estado de plena capacidad de D. Blas, y la previa de rechazo del matrimonio civil de la misma persona.

El tribunal de apelación declara la incapacidad parcial limitada al aspecto patrimonial exclusivamente, es decir para todos los actos de administración y disposición de sus bienes.

La AP de Barcelona (Secc. 18ª) en sentencia de 16 de junio de 2005 acuerda la incapacidad total como declaración adecuada a las necesidades del demandado,

que evidentemente precisa de la ayuda y asistencia de terceras personas incluso para las actividades básicas de la vida diaria, como se desprende de forma absoluta del informe elaborado por el facultativo del Centro Geriátrico en el que se encuentra alojado el incapaz. En el referido informe, aportado por la propia parte apelante en el acto de la vista, se dice textualmente «Se observan déficits amnésicos en memoria

inmediata y diferida, con una dependencia total para las actividades instrumentales de la vida diaria, con dificultades de comunicación e interpretaciones y dependencia para las actividades de la vida diaria, necesitando ayudas para vestirse y presenta negativas a bañarse, necesitando supervisión para la utilización del WC». El facultativo de referencia diagnóstica un deterioro cognitivo funcional por demencia moderada, suficiente para considerarle incapaz para gobernarse, puesto que sus facultades intelectivas, cognitivas y volitivas se encuentran claramente mermadas y en esta situación difícilmente podrá tomar decisiones en su propio interés como tampoco será capaz de superar las dificultades más básicas de la vida diaria o de actuar en su propio beneficio. En el mismo sentido informa el médico forense, especialista psiquiatra y neurólogo, que ha emitido su dictamen valorando que el Sr. Izquierdo no tiene capacidad de autogobierno y que necesita que le gestionen tanto aspectos personales y sanitarios como patrimoniales, con un deterioro profundo de las facultades mentales. A la gravedad del dictamen pericial, poco puede añadirse sobre la indiscutible situación de deterioro que se apreció también por el tribunal en la exploración del incapaz.

Por lo tanto, la declaración de incapacidad total del demandado es la declaración más procedente y adecuada a su actual situación y la que mejor puede garantizar su protección, tanto en la esfera de la atención personal como en lo que se refiere a la administración de su patrimonio.

En cuanto a las *enfermedades o deficiencias físicas*, son de especial interés los casos de limitaciones ambulatorias o de movimiento que aíslan al sujeto de su entorno y limitan sus capacidades de comunicación. La incapaci-

tación va a depender de las posibilidades de autogobierno.

La STS de 31 de octubre de 1994 examinó el supuesto de una mujer que padecía una limitación ambulatoria y afasia, no obstante lo cual razonaba, era coherente y podía expresar su voluntad; se desestimó la pretensión de incapacidad.

La STS de 14 de julio de 2004 apreció, sin embargo, motivo de incapacidad en un caso de tetraplejía total con falta de comunicación libre y espontánea con el mundo exterior, pese a mantener las facultades cognitivas y volitivas. Debido a un accidente vascular cerebral sufrido por el demandado, que le ocasionó un síndrome de cautiverio, de carácter permanente y definitivo, que le incapacita para el desarrollo o ejercicio de tareas físicas y habituales de la vida, para las que necesita la ayuda y supervisión de otra persona, toda vez que presenta tetraplejía e imposibilidad de comunicación verbal, precisando de continua asistencia de otra persona, sin posibilidad de autogobierno, aunque las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, la afasia le impide expresar su voluntad de forma libre; se comunica con los ojos y con un tablero de abecedario en el que señala las letras de las palabras que quiere componer para darse a entender. Declara el TS lo siguiente:

«... además de la prueba de la enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico en que se funda la incapacidad, el art. 200 del CC requiere que tal enfermedad o deficiencia impida a la persona gobernarse por sí misma; el autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adop-

ción 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: Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado). (...) Atendidas las circunstancias fácticas expuestas ha de concluirse que el recurrente, debido a la enfermedad o deficiencia física que padece acreditada sin ningún asomo de duda en cuanto a su entidad y carácter permanente e irreversible, no se halla en situación de gobernarse por sí mismo. No obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, su afasia le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior; el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes. Esa forma de comunicación no es espontánea, no se produce a su instancia sino de terceras personas, por lo que carece el recurrente de libertad para llevar a la práctica las decisiones que haya tomado anteriormente, tanto respecto de su persona como respecto de la administración de sus bienes».

#### IV. Fórmulas de protección del patrimonio del incapaz

Con independencia de las consecuencias de la incapacitación y del régimen a que quede sometido el incapaz, ha preocupado a la doctrina la búsqueda de mecanismos que aseguren la protección del patrimonio del incapaz; algunas de las fórmulas que la doctrina propugnaba han sido ya recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, a las que, solo sumariamente, nos referimos aquí.

A) *El patrimonio protegido*. El objeto inmediato de la antes citada ley, según se dice en la Exposición de Motivos, es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido, de las personas con discapacidad. La ley lo configura como un patrimonio de destino (sin personalidad jurídica), en la medida que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares; el patrimonio está vinculado a la satisfacción de esa finalidad a la que se destinan los bienes que lo integran, así como sus frutos, productos y rendimientos.

En orden a la constitución del patrimonio, se distingue entre una constitución originaria y otra sucesiva referida a las aportaciones que se vayan efectuando con posterioridad. La primera puede realizarse, en las condiciones que la ley establece, por la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del patrimonio, y también por los padres, tutores, curadores y guardadores de hecho y por terceros con interés legítimo.

La ley limita la condición de beneficiarios de este patrimonio protegido a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y las afectadas por una minusvalía física sensorial igual o superior al 65 por ciento. Para la aplicación de la

Ley 41/2003 no se requiere la declaración de incapacidad ni siquiera que el sujeto esté incurso en alguna de las causas de incapacidad del art. 200 del CC. Por consiguiente, y en lo que aquí nos interesa, la ley tendría aplicación a los incapacitados en quienes concurre, además, el grado de discapacidad indicado. Si la persona está incapacitada pero carece de la discapacidad exigida por la ley, no podrá beneficiarse de la aplicación de la normativa del patrimonio protegido.

- B) *El mandato preventivo*. La Ley 41/2003 regula también la modalidad del mandato preventivo, que consiste en la declaración unilateral por la que una persona capaz atribuye a otra facultades de apoderamiento para cuando el mandante sea declarado incapaz. La citada ley reforma el art. 1.732 del CC; este precepto regula las causas de extinción del mandato; una de ellas es la incapacidad sobrevinida del mandante, pero se establece como excepción que en el mandato se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante; en estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.
- C) *La autotutela*. Por último, está la figura de la autotutela; ésta permite a la persona capaz preestablecer o designar anticipadamente quien haya de desempeñar el cargo de tutor para el caso de su futura incapacitación. El sistema está especialmente indicado en el caso de enfermedades degenerativas. Para ello la Ley 41/2003 ha introducido alguna modificación en el texto del CC consistente en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación. A tal efecto, en el art. 223 después de referirse a la facultad de los padres para nombrar tutor en testamento o documento

público notarial, dice en su párrafo segundo que «asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes incluida la designación de tutor».

Al mismo tiempo se regula la comunicación de oficio del documento público antes referido por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. Al mismo tiempo se prevé que en los procedimientos de incapacidad, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones sobre autotutela.

### V. El proceso de incapacidad

No es este el lugar indicado para una exposición detallada del proceso de incapacidad y de los problemas de orden netamente procesal; solo pretendo hacer una exposición de los rasgos fundamentales de este proceso y señalar algunas cuestiones de especial interés para el objeto de estas líneas.

Las normas reguladoras de este procedimiento se encuentran en la LEC, bajo la rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas» (arts. 756 a 763); se trata del Capítulo segundo del Título I del libro IV que regula los procesos especiales (que lo son los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores).

Recordemos – ya está dicho más arriba – que la declaración de incapacidad requiere un pronunciamiento judicial; nadie puede ser declarado incapaz – dice el art. 199 del CC- sino por sentencia judicial en virtud de causas establecidas en la Ley. Y el modo de obtener este pronunciamiento judicial no es sino el proceso, que termina por sentencia. En tanto no haya

una sentencia que proclame la incapacidad, se presume la capacidad del sujeto; «la capacidad mental –dice la STS de 10 de febrero de 1986- se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa».

La declaración de incapacidad, por consiguiente, está fuera del ámbito de disponibilidad de las partes; ni aquella puede nacer o derivar de la voluntad ni de la declaración unilateral de la persona ni obtenerse fuera del proceso. El estatuto jurídico del incapaz se instaura a partir de un pronunciamiento judicial obtenido en sentencia. De otra parte, una vez iniciado el proceso, su objeto – la declaración de incapacidad- queda fuera del ámbito de disposición de las partes; no caben ni la transacción ni la renuncia ni el allanamiento a la demanda (art. 751.1 LEC), y el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 LEC); es decir, las partes, a diferencia de lo que ocurre en otros procesos, carecen de gobierno alguno sobre el proceso y su objeto. Iniciado el proceso se ha implicado el interés del Estado y éste no puede ser ya desplazado por la conveniencia de las partes.

Esa indisponibilidad del objeto del proceso se advierte también en la imposibilidad de que el presunto incapaz reconozca o admita su incapacidad; tal declaración carecerá absolutamente de valor probatorio y no vincula al tribunal (art. 752 LEC).

Y, por último, otra manifestación de la claudicación del principio dispositivo se advierte en la desvinculación de la sentencia respecto de lo que las partes piden, es decir, en la desaparición del encorsetamiento que deriva de la necesidad de congruencia; el tribunal puede excederse respecto de lo pedido por las partes y establecer un alcance distinto del pretendido por las partes; aun más, se sostiene por algunos autores que pedida la declaración de incapacidad por causa de enfermedad física, pueda el tribunal acordarla por enfermedad mental (Moreno Catena).

Junto a la quiebra del principio dispositivo, otra nota característica del proceso para la declaración de la incapacidad es la vigencia del principio de oficialidad. Significa esto que los poderes del Juez, limitados en los demás procesos por la iniciativa de las partes que ventilan en el proceso intereses privados, resultan ensanchados en este procedimiento, por lo que el ordenamiento jurídico permite al tribunal una significativa actividad investigadora que puede impulsar de oficio. Ello es debido a que el Estado tiene interés en que solo quienes en verdad no pueden gobernarse por sí mismos sean incapacitados, así como en la determinación, por razones de seguridad jurídica, de su margen de actuación en el ámbito jurídico y, finalmente, en la adopción de mecanismos tuitivos de los incapaces. Por ese interés público, el legislador dota al tribunal de facultades de actuación de oficio de que carece en otros procedimientos. Expresamente se advierte en el art. 752 de la LEC que, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, norma que es aplicable tanto en primera como en segunda instancia (art.752.1-II y 3 LEC). Ello es debido a que en este tipo de procesos importa antes la verdad material que la verdad formal que pueda instaurarse por efecto del principio dispositivo (vid. STS de 12 de junio de 1989). Hay que advertir que el principio de oficialidad se refiere a la actividad probatoria, la cual, frente al sistema normal de los demás procesos, no queda abandonada a la iniciativa de las partes; el mismo tribunal, como dice el precepto antes citado, puede promoverla de oficio. Pero las posibilidades de actuar de oficio se limitan a tal ámbito probatorio, nunca a la iniciación del procedimiento, que requiere la instancia de parte legitimada.

En estos procesos es obligada la intervención del Ministerio Fiscal; el art. 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal establece como una de

sus funciones la de «intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación».

De una parte, el Ministerio Fiscal puede tener intervención ya en fase anterior al proceso, en cuanto que cualquier persona, autoridad o funcionario que conozca la situación de presunta incapacidad de una persona deberá ponerlo en su conocimiento (art. 757.3 LEC), pudiendo desde ese momento pedir la adopción de medidas cautelares.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal está legitimado, como veremos luego, para la interposición de la demanda de incapacidad si no lo hicieren los que se mencionan en el apartado 1 del art. 757 de la LEC a que luego nos referiremos (salvo que se trate de la incapacidad de los menores de edad); pero aunque el Fiscal no lleve la iniciativa en la petición de incapacitación, intervendrá también como demandado si la demanda se deduce por otra persona y el presunto incapaz no comparece en el proceso con defensa y representación propias (es decir, con su Abogado y su Procurador), en cuyo caso el Ministerio Fiscal actuará como defensor y representante de aquél; y si el presunto incapaz comparece en el proceso asistido de Abogado y Procurador, ello no impedirá que el Ministerio Fiscal intervenga también en el proceso.

El procedimiento seguirá los trámites correspondientes al juicio verbal (art. 753 LEC). A diferencia de lo que ocurría con el anterior régimen legal, ahora admite la ley que con la petición de la declaración de incapacidad se pueda instar, al mismo tiempo, acumuladamente el nombramiento de tutor (arts. 759.2 y 760.2 LEC)

A) *Legitimación activa.*- Según el art. 757.1 de la LEC la declaración de incapacidad *pueden* promoverla:

- El presunto incapaz

## La incapacitación: el marco jurídico

- El cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable
- Los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.

*Debe* promoverla según el apartado 2 del mismo precepto:

- El Ministerio Fiscal si las personas mencionadas antes no existieren o no la hubieren solicitado.

La Disposición Adicional Primera del Código Penal vigente establece que cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del art. 20 del citado cuerpo legal<sup>6</sup>, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil.

Si se trata de la incapacidad de *menores de edad*, solo podrá ser promovida por:

- Quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. Al margen de las personas legitimadas para promover judicialmente la declaración de incapacidad, la LEC (art.757.3) se refiere a la *puesta en conocimiento* del Ministerio Fiscal de los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación:

- a) En principio cualquier persona *está facultada* para hacerlo
- b) *Deberán* hacerlo las autoridades y funcionarios públicos que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona.

Cabe preguntarse si el deber de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal alcanza al Notario que conozca la causa de incapacitación

por razón de su cargo. Hay quien entiende que no tiene esa obligación, ni jurídicamente (pues no está incluido en el art. 229 CC) ni por razón de su intervención profesional ya que sus actuaciones están bajo el secreto profesional (LEÑA FERNÁNDEZ). Sin embargo, si se trata de una enfermedad que de modo notorio priva al sujeto de la capacidad de autogobierno, de suerte que el Notario haya denegado la autorización del acto por tal causa, no parece que deba entenderse excusado el Notario de dar cumplimiento al mandato que en términos imperativos proclama el art. 752.3 de la LEC, pues en este caso, a juicio de RIBELLES DURÁ, debe prevalecer el aspecto funcional del Notario al profesional por tratarse de cuestión que supera los intereses privados y entra dentro del orden público.

- B) *Legitimación pasiva*. - Al tratar de las causas de incapacitación del art. 200 del CC, ya quedó dicho de quiénes se puede pedir la declaración de incapacidad. El presunto incapacitado será el demandado en este procedimiento. Puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciera, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado (art.758 LEC).
- C) *Pruebas y audiencias preceptivas*. - Al margen de la actividad probatoria que se practique a instancia de las partes, el art. 759 de la LEC establece con carácter imperativo determinadas pruebas y audiencias; en efecto, según el citado precepto, el tribunal:
  - a) *Oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz*. La referencia a la «proximidad» no debe entenderse en el sentido exclusi-

<sup>6</sup> El párrafo primero del número 1º del art.20 se refiere a la exención de responsabilidad criminal del que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El número 3º declara exento de responsabilidad criminal al que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

vo del grado de parentesco, sino en el de cercanía de convivencia y conocimiento del presunto incapaz, pues esta audiencia tiene por objeto conocer su conducta y comportamiento, así como sus hábitos, conocimiento que puede contribuir a calibrar la capacidad de autogobierno, y solo los que conviven con el presunto incapaz pueden servir de fuente de esa información.

Si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, se oirá sobre esta cuestión a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.

- b) *El tribunal examinará por sí mismo al presunto incapaz.* Quiere la ley potenciar al máximo la inmediación de manera que el tribunal que ha de decidir sobre la incapacidad vea por sí al presunto incapaz, dialogue con él y perciba de primera mano las condiciones del sujeto.
- c) *El tribunal acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes.* Ésta actividad probatoria es tan importante que la misma ley dice que nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal. El Juez tiene plena libertad para el nombramiento del perito – o peritos- que tenga por conveniente. Es obvio que lo ideal es que la designación recaiga sobre experto en psiquiatría. El facultativo emitirá su informe respondiendo a lo pedido por el tribunal, sin que las partes puedan adi-

cionar petición alguna sobre extremos a los que haya de responder el perito.

La emisión o redacción del informe no está sometida a forma especial alguna. Importa sobremanera su contenido que, como es evidente, versará sobre las alteraciones del sujeto, su alcance y persistencia, la incidencia en la capacidad de autogobierno.

Conviene poner de relieve que este informe del perito no vincula al tribunal, que lo apreciará según las reglas de la sana crítica. Puede, por lo tanto, apartarse de las conclusiones del informe, pero deberá entonces motivar de modo suficiente y claro las razones por las que no se atiende a los resultados del informe, pues cualquier valoración arbitraria, irracional, ilógica o incoherente, en contradicción con los resultados de la pericial no se sostiene y podrá ser combatida, y destruida, en vía de recurso (vid. STS de 19 de febrero de 1996).

Para terminar, el legislador da a estas audiencias y pruebas tal importancia que quiere que, en caso de recurrirse la sentencia, se repitan de oficio por el tribunal de segunda instancia (art.759.3 LEC). Tan tajante declaración lleva a entender que deberá cumplirse esa exigencia en todo caso, es decir, no solo en los supuestos en que por haberse desestimado la demanda en primera instancia sea la sentencia del tribunal de apelación la que por vez primera haya de declarar la incapacidad, sino también cuando ésta ya haya sido declarada por el Juzgado y la de segunda instancia sea mera corroboración de aquélla.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> La STS de 15 de julio de 2005 anula la sentencia de la Audiencia por no haber observado las prescripciones del art. 759.3 de la LEC, es decir, por no haber practicado las pruebas y audiencias preceptivas a que dicho precepto se refiere.

Al margen de estas audiencias y pruebas obligadas, el CC impone al Juez otra actuación necesaria; según el último párrafo del art. 223, en los procedimientos de incapacidad, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere el propio art. 223, es decir, la existencia de nombramiento de tutor, órganos de fiscalización de tutela o personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes, o bien la eventualidad de que en previsión de futura incapacitación judicial el propio demandado hubiera adoptado en documento público notarial cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Estas disposiciones de padres o del propio incapacitado vinculan al tribunal al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

D) *La sentencia.*- La sentencia que se dicte habrá de contener unos pronunciamientos que la ley le exige (art.760 LEC), a saber:

- a) Determinará la extensión y los límites de la incapacitación. Como es evidente, la sentencia priva al incapacitado de la capacidad de obrar necesaria para los actos a los que se refiera. Como veremos, en puridad, no se trata de un despojo total o absoluto de capacidad. Hay que advertir que quedan al margen de la sentencia de incapacitación determinados actos que por ser de carácter personalísimo y en cuanto que no afectan al ámbito contractual, la ley permite que el incapacitado, aun habiendo sido declarado tal, pueda realizarlos, siempre que en tal momento u ocasión se encuentre en un intervalo lúcido. Por ejemplo, el incapacitado puede contraer válidamente matrimonio si se encuentra, como decimos, en un intervalo lúcido; dice a este respecto el

art. 56-II del CC que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento». También podrá otorgar testamento. «Siempre que el incapacitado –dice el art. 665 del CC– por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente lo reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». También podrá el incapacitado llevar a cabo el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, pero necesitará aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Se plantea la duda de si la sentencia puede prohibir expresamente que el incapacitado realice actos como los que acabamos de indicar, es decir, actos que la ley permite que un incapacitado lleve a cabo bajo las condiciones indicadas. Parece razonable entender que la sentencia no puede impedir lo que la ley autoriza, de modo que si se permite otorgar testamento o contraer matrimonio subordinando la validez de tales actos a la coetánea comprobación de la capacidad necesaria para su validez, no hay razón para que una sentencia de incapacitación prohíba definitivamente la realización de actos de esa naturaleza.

Una STS de 20 de mayo de 1994 estimó que la sentencia no podía prohibir que el incapacitado otorgase testamento y que si lo hacía había que entender tal prohibición dentro del marco jurídico del precepto antes citado (art.665 CC), de modo que podría ser otorgado cuando los facultativos aseguraban su capacidad.

En sentido similar y respecto del matrimonio se pronunciaron algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (18 y 24 de marzo de 1994) entendiéndose que a los incapacitados por sentencia era plenamente aplicable el art. 56.II del CC, sin necesidad de modificación de la sentencia.

La propia sentencia puede graduar la extensión de la incapacitación. Dice el art. 760.1 LEC que la sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación. El tribunal goza de libertad en este punto; puede acordar una incapacitación plena, para todos los actos de la vida jurídica o establecer una incapacidad de carácter limitado, en cuyo caso deberá la sentencia recoger el repertorio de actos a los que la incapacidad se refiere. Esta determinación puede hacerse de modos diferentes; no siempre será necesario un catálogo detallado de actos que el incapacitado no podrá realizar por sí mismo; pueden ser enumerados por su inclusión en un grupo determinado (actos de administración, ordinaria o extraordinaria, actos de disposición). Cabe también la equiparación de la incapacidad a la situación correspondiente a un menor y, por ende, a una edad determinada que la sentencia puntualizará, aplicándose entonces el bloque normativo que corresponda a la incapacidad del menor (Díez-Picazo). Hay determinados aspectos de la capacidad jurídica que quedan automáticamente afectados por la declaración de incapacidad, así:

- El ejercicio de la patria potestad que pasará al otro progenitor (art. 156 CC)
- El incapacitado quedará inhabilitado para ser tutor; la incapacitación es, por

otro lado, causa de remoción (arts. 241 y 243 CC).

- La incapacitación comporta que la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transfiera al cónyuge a quien se atribuya la tutela de su consorte (art. 1387 CC).
  - No podrá comparecer por sí en un proceso, sino mediante sus guardadores legales (arts. 7 y 8 LEC).
- b) El régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Esta especificación va a estar en función del grado de discernimiento del incapaz; cuando sea mínimo, lo pertinente será acudir al régimen de tutela. En otro caso, podrá acordarse el régimen de curatela.

Al tutor le corresponden funciones de representación del incapacitado, por lo que realizará determinados actos (los que diga la sentencia y en su defecto la ley) en nombre del incapacitado.

Si la tutela cumple funciones de representación, a la curatela le corresponden funciones de protección patrimonial; el curador no representa al incapaz, sino que le asiste; el curador no actúa por el incapacitado, no suplente su voluntad, sino que la refuerza y completa su deficiente capacidad.

Las figuras de la tutela y la curatela se complementan con las de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La patria potestad es objeto de *prórroga* cuando los hijos que hubieran sido incapacitados llegan a la mayor edad (art. 171 CC).

Si se trata de un hijo mayor de edad, soltero que vive en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos y es incapacitado, la patria potestad es objeto de *rehabilitación*, y será ejercitada por quien

correspondiere si el hijo fuere menor de edad (art. 171 CC).

En ambos casos, la patria potestad se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacidad y, subsidiariamente, de acuerdo con las normas del CC (art. 171).

- c) La sentencia se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento.
- d) Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacidad el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

La sentencia carece de eficacia retroactiva; la incapacidad solo surte sus efectos a partir de la sentencia, pero no afecta a los actos anteriores, sin perjuicio de que éstos puedan ser atacados si en el momento de celebrarse el acto de que se trata el sujeto, a causa de su padecimiento o deficiencia, no podía prestar consentimiento.

La sentencia que recaiga en el procedimiento está sometida a la publicidad registral. De oficio el propio tribunal que dicta la sentencia de incapacidad ordenará su inscripción en el Registro Civil (art. 755 LRC). También, y a instancia de parte, podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 2-4º LH) con fines de protección de los terceros, a los que se advierte de la situación de incapacidad y, por consiguiente, de la necesidad de la intervención de las personas a quienes se haya encomendado la guarda (tutela, curatela o patria potestad prorrogada).

- E) *Incapacidad del menor de edad.*- El art. 201 del CC admite la declaración de incapacidad de

menores de edad «cuando concurra en ellos causa de incapacidad y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad». Ya hemos visto más arriba, como la declaración de incapacidad del menor de edad solo puede ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, según el art. 757. 4 de la LEC.

Al llegar a la mayoría de edad, la patria potestad ejercida sobre el menor quedará automáticamente prorrogada (art. 171 CC)

## VI. El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

Dentro del marco normativo de los procesos sobre la capacidad de las personas regula la LEC el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763). Pero conviene tener en cuenta que este internamiento no solo no forma necesariamente parte del proceso de incapacidad, sino que incluso puede producirse al margen del mismo. En efecto, puede seguirse un proceso por el que se pretende la incapacidad de una persona sin que por ello se pida ni se aspire a obtener el internamiento; también, puede solicitarse un internamiento, sin que al mismo haya de seguir necesariamente una demanda de incapacidad, ni que el sujeto la precise en el futuro, pues la razón del internamiento ha obedecido a una situación coyuntural. De todos modos, un internamiento es, con no poca frecuencia, la antesala de un proceso de incapacidad.

Pues bien, dado que la Ley regula el internamiento no voluntario a propósito del proceso de incapacidad, nos ocuparemos también de esta cuestión, que, a fin de cuentas, pese a la autonomía de ambos institutos, hay entre ellos una evidente relación.

Hagamos un breve recordatorio histórico. Dejando a un lado otros antecedentes (RD de 19 de mayo de 1885), el más próximo lo constituye el Decreto de 31 de julio de 1931 «sobre la asistencia de enfermos psíquicos» que estuvo

en vigor hasta la Ley 13/1983 de 24 de octubre que instaura el sistema vigente. El Decreto de 1931 establecía un procedimiento de carácter administrativo que quedaba bajo control del médico de la Jefatura Provincial de Sanidad; la autoridad judicial se limitaba a ser destinataria de la comunicación del ingreso por el director del centro; el control judicial solo se daba en los supuestos que fueran denunciados. Cuando se trataba de ingreso forzoso, si a los seis meses permanecía internado, el director del establecimiento debía remitir informe de la situación del enfermo al Juez de Primera Instancia.

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 establecía una medida de seguridad predelictual que el Juez de Instrucción podía adoptar, consistente en internamiento indefinido de enfermos y deficientes mentales que por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado significasen un riesgo para la comunidad. Más tarde la Ley 77/1978 de 26 de diciembre derogó el art. 3 que regulaba esta medida.

Es evidente que con la Constitución de 1978 no podía mantenerse la situación precedente. El art. 49 establece que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamientos, 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 derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

La adecuación constitucional se trata de obtener con la Ley 13/1983 de 24 de octubre de reforma del CC en materia de tutela, que regula el internamiento en el art. 211; su texto es reformado por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor que sustituyó la expresión «presunto incapaz» con la que se definía el sujeto a internar por la de «personas que no estén en condiciones de decidirlo por sí», al tiempo que regulaba el internamiento de menores.

Los preceptos relativos al procedimiento de incapacitación e internamiento pasaron a la LEC 1/2000, cuyo art. 763 se ocupa del segundo. Dice el párrafo primero de este artículo que «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento».

Conviene hacer dos precisiones previas:

- 1ª. El objeto de este internamiento es la aplicación de una terapia psiquiátrica cuando la persona no tenga capacidad para decidir por sí misma. No se trata de una medida represiva ni predelictual cuya razón de ser descansa en la prevención de daños a terceros, pues lo prioritario es la finalidad terapéutica, de adopción de un tratamiento que se estima necesario y beneficioso para el enfermo.
- 2ª. Según hemos dicho más arriba, es una medida autónoma, es decir, que no ha de encuadrarse necesariamente en un procedimiento de incapacitación ni concebirse instrumentalmente en función del mismo, ello sin perjuicio de que pueda tramitarse acumuladamente en el proceso de incapacitación (art. 760.1 LEC). Aparte de resolver otros problemas de interpretación surgidos con la primitiva redacción del art. 211 del CC, la sustitución de la referencia al «presunto incapaz» como sujeto pasivo del internamiento por la «persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí», está poniendo de manifiesto esa autonomía respecto de una eventual declaración de incapacidad y, por consiguiente, del procedimiento correspondiente.

Como es evidente, en la medida en que el internamiento comporta una privación de libertad, una decisión que acarrea tal consecuencia está afectando a un derecho fundamental de la per-

sona que ampara el art. 17 de la Constitución, que primero proclama el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, para añadir, a renglón seguido, que «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en el mismo artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

Los textos internacionales amparan el mismo derecho; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales dice en su art. 5.1 que nadie puede ser privado de su libertad, salvo los casos que el mismo precepto enumera, entre los que se comprende en la letra e): «cuando se trate de internamiento, con arreglo a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo».<sup>8</sup>

Un *leading case* en la interpretación de este precepto lo tenemos en la muy citada Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 octubre 1979 (Caso Winterwerp contra Holanda)<sup>9</sup>. Extraemos algunos pronunciamientos que son pauta obligada tanto en la construcción normativa de estos internamientos como en la interpretación de los conflictos que, desde una perspectiva jurídica del respeto al derecho a la libertad, puedan plantearse. Según la doctrina del TEDH:

a) No se puede entender que el párrafo e) del artículo 5.1 permite internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su

comportamiento se aparten de las normas que predominan en determinada sociedad.

- b) Para privar al interesado de su libertad se requiere, salvo en casos urgentes, haber justificado suficientemente su «enajenación». La naturaleza misma de lo que es necesario demostrar ante la autoridad nacional competente —una perturbación mental real— exige un examen médico objetivo. Además, la perturbación tiene que ser de unas características y de una amplitud que justifiquen el internamiento. Más aún, el internamiento no puede prolongarse válidamente si no persiste semejante perturbación.
- c) Las palabras «con arreglo al procedimiento legal» se refieren fundamentalmente a la legislación nacional, y establecen la necesidad de seguir el procedimiento fijado por ésta. Sin embargo, el Derecho interno tiene que ajustarse al Convenio incluyendo en esta exigencia los principios generales explícitos o implícitos en éste. En el fragmento antes citado subyacen el concepto de un procedimiento justo y adecuado; la idea de cualquier medida privativa de la libertad debe proceder de una autoridad idónea, ejecutarse por ella y no presentar características arbitrarias.
- d) Es necesario que el interesado pueda comparecer ante un órgano judicial y tener la posibilidad de ser oído personalmente o, en su caso, mediante alguna forma de repre-

---

<sup>8</sup> Debe tenerse en cuenta también, en el ámbito de la Unión Europea, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa número 818 (1977), de 8 de octubre, sobre la situación de los enfermos mentales; también la Recomendación del Comité de Ministros número 2 (1983), de 22 de febrero, sobre protección jurídica de personas aquejadas de enfermedad mental internadas como pacientes involuntariamente.

<sup>9</sup> El señor Frits Winterwerp había sido ingresado urgentemente en un hospital psiquiátrico por orden del Alcalde de su municipio. Seis semanas después se le internó en el mismo hospital a petición de su mujer, en virtud de una autorización del Juez de paz de su lugar de residencia. Por iniciativa de su esposa y luego del Fiscal se renovó anualmente la autorización por el Tribunal de distrito a la vista de los informes del médico que le asistía. El Sr. Winterwerp se quejaba ante el TEDH del procedimiento seguido a este respecto. Especialmente alegaba que no se le había oído por las distintas jurisdicciones, que no se le notificaron las Resoluciones que le afectaban, ni había disfrutado de Asistencia jurídica y, en fin, que no había podido impugnar los informes médicos. Recurría también contra el resultado de sus peticiones de libertad y contra la pérdida de su capacidad civil.

sentación, sin lo cual no disfrutará de las «garantías fundamentales de procedimiento que se aplican en la materia de privación de libertad». Las enfermedades mentales pueden restringir o modificar este derecho en la forma de ejercerlo, pero no pueden justificar un ataque a lo que es su propia esencia. Verdaderamente pueden ser necesarias garantías especiales de procedimiento para proteger a los que, por sus perturbaciones mentales, no son completamente capaces de regir por sí mismos.

Entre nosotros, y desde esta misma perspectiva del obligado respeto a las exigencias derivadas de un derecho fundamental, hemos de tener en cuenta la STC 129/1999 (Pleno), de 1 julio, en la que se trataba de la constitucionalidad del anterior art. 211 del CC. Siguiendo la pauta ya marcada por el TEDH, dice el TC:

«el internamiento en un centro psiquiátrico sólo será conforme con la Constitución y con el Convenio si se dan las siguientes condiciones, sentadas en la Sentencia del TEDH de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) y reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981

(caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti): «a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento, y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir es preciso averiguar si tal perturbación persiste y, en consecuencia, debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo» (STC 112/1988, fundamento jurídico 3º)»

Veamos ahora algunos aspectos legales del internamiento regulado hoy en el art. 763 LEC.

A) *Competencia.*- La competencia viene atribuida, en principio, a la jurisdicción civil, es decir al Juez de Primera Instancia que es a quien corresponde conocer y resolver el expediente.<sup>10</sup> Desde el punto de vista de la

<sup>10</sup>Ello no obstante, el TS ha admitido, en el ámbito del proceso penal, el internamiento acordado por el tribunal penal fundado en el anterior art. 211 del CC. Dice la STS de 31 de marzo de 1993: «Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que, de todos modos, lo cierto es que la medida de seguridad en los casos de autores de faltas inimputables o incapaces de culpabilidad se puede fundamentar también en el art. 211 del Código Civil. Es indudable que si las deficiencias persistentes de carácter psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 Código Civil) pueden dar lugar al internamiento, la circunstancia de que, además se presente una tendencia agresiva con manifestaciones penales, no puede excluir la posibilidad de tal medida. En este sentido, se debe tener en cuenta que todas las exigencias procesales establecidas en el art. 211 CC se cumplen en el proceso penal, pues en el juicio oral el Tribunal ha podido examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo de la manera que lo exige dicha disposición. A ello se debe agregar que el art. 211 CC no establece que esta medida esté reservada a la competencia del Juez civil, pues el Código Civil no es una ley de distribución de competencias, sino que autoriza medidas y establece requisitos para el ejercicio o la restricción de determinados derechos. La competencia para la aplicación de medidas preventivas en la materia penal, por el contrario, deriva del sistema de doble vía que caracteriza al derecho penal vigente. Este sistema tiene como consecuencia que las medidas de carácter preventivo relacionadas con hechos de naturaleza penal se acumulen a las tradicionales competencias puramente represivas de los Tribunales penales. Se trata de una acumulación de competencias paralela, por lo demás, a la de los daños ocasionados por el delito, que también se ejerce en el proceso penal. Por lo tanto es claro que en el sistema de doble vía del derecho vigente las medidas preventivas, aunque estén previstas fuera del Código Penal, pueden ser aplicadas por los Tribunales penales. Ello no excluye que en la etapa de ejecución estos Tribunales puedan, en la forma prevista en el art.211, segundo párrafo, del CC, decretar la incapacidad civil del afectado por la medida de seguridad, en la forma prevista en el art. 203 CC, es decir con intervención del Fiscal a estos efectos».

competencia territorial, el Juez competente será el del lugar de residencia de la persona de cuyo internamiento se trata, salvo en los casos de internamiento de urgencia que lo es el Juez del lugar en el que radique el centro donde se haya producido el internamiento.

Lugares idóneos para el internamiento -según criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado en la Consulta de 15 de octubre de 1993- serán todos aquellos centros de régimen cerrado o que no permitan el libre movimiento de los internos, en los que se cumplan medidas asistenciales, sanitarias y educativas. Por consiguiente, el concepto es amplio y no debe en modo alguno restringirse a los centros psiquiátricos.

- B) *Legitimación activa y pasiva.*- No dice la Ley quién puede promover el expediente de internamiento; desde luego habrá que entender que podrán solicitarlo aquéllos que pueden instar la incapacitación del sujeto; de todos modos, no debe circunscribirse solo a quienes la ley legitima para tal petición, pues dada la finalidad de este internamiento es posible que la petición pueda ser realizada por persona ajena a aquel círculo y, desde luego, por quien tenga conocimiento de quien se encuentre en situación en la que el internamiento sea pertinente y necesario para la salvaguarda del propio enfermo (ej. guardador de hecho, personal de los Servicios Sociales). Si se trata de persona ya incapacitada podrá instar el internamiento el propio tutor al amparo del art. 271.1 del CC. También, quienes sean conocedores de la necesidad y procedencia del internamiento podrán comunicarlo al Ministerio Fiscal para que éste asuma la iniciativa.

En los supuestos de internamiento urgente será el personal sanitario que reciba al paciente quien haya de comunicarlo al Juez.

El sujeto del internamiento lo es la persona

que no está en condiciones de decidirlo por sí. Como ya se ha dicho, esta expresión ha sustituido a la originaria del «presunto incapaz». No es preciso que la persona de cuyo internamiento se trata sea susceptible de ser incapacitada; el internamiento, como hemos dicho ya, no se hace en contemplación de una incapacitación ni de personas que estén llamadas a ser incapacitadas. En palabras de PARRA LUCÁN, ni todo incapacitado debe ser internado, ni solo pueden ser internados los incapacitados. Basta con que haya un padecimiento psíquico, aunque se trate de una crisis temporal que haya de remitir, es decir, aunque no sea previsible la persistencia. Puede tratarse de persona -incapacitada o no- que por razón de su trastorno psíquico, sea preciso su internamiento como medida terapéutica y no esté en condiciones de decidirlo por sí misma (normalmente a causa de ese padecimiento).

Tratándose de incapacitados, es preciso atenerse a las exigencias del art. 763 LEC, pues la situación de incapacidad previamente declarada en anterior sentencia no supone que pueda llevarse a cabo un internamiento forzoso; aunque el art. 271 del CC dice que el tutor necesita de la autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial y el art. 273 impone una serie de requisitos (audiencia del Ministerio Fiscal y del tutelado si es mayor de doce años o se estima conveniente, y solicitud de informes), no significa que tal precepto excluya la aplicación de todas las garantías del 763 y la necesidad de control una vez se aprueba el internamiento. Así, además, lo ha entendido la jurisprudencia del TS (STS 20 de mayo de 1994, según la cual la facultad del curador para pedir el internamiento «no impide sino antes bien exige las garantías que en orden

al internamiento representa el artículo 211 del Código Civil» –hoy 763 LEC-).

El art. 763 es aplicable también a los casos de internamiento –por razones de trastorno psíquico- de menores; pero en este caso el art. 763.2 de la LEC dice que el internamiento se realizará en establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de de los servicios de asistencia al menor.

- C) *Motivo del internamiento.*– La justificación del internamiento es que venga exigido por razón de trastorno psíquico, ya tenga su causa en enfermedad mental ya en deficiencias de orden psíquico, o incluso en enfermedades o deficiencias de carácter físico siempre que dé lugar a alteraciones psíquicas. Pero además del trastorno psíquico es preciso que la persona no esté en condiciones de decidir por sí el internamiento, lo que comporta que el precepto no tiene aplicación en los casos de internamiento voluntario.

Hay determinados supuestos que debemos entender quedan fuera de la órbita de las previsiones del art. 763 de la LEC. Así, este precepto no tiene aplicación en *internamientos hospitalarios por causa de enfermedades de otro orden (somático)* aunque el sujeto no pueda decidir por sí, como es el caso, por ejemplo, de personas accidentadas en estado inconsciente o en coma; estos internamientos no precisan autorización judicial, por cuanto encuentran amparo en la Ley General de Sanidad de 14 de abril de 1986 (art. 10.6-b y c, que exime del previo consentimiento del usuario para la realización de cualquier intervención en los supuestos en que no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas o cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento). Más problemática puede ser la hipótesis

de *internamientos en centros de rehabilitación de alcoholismo o drogadicción*. Normalmente los ingresos en estos centros están subordinados a la efectiva voluntad del paciente de querer curarse y someterse al tratamiento pertinente, de modo que los internamientos serán normalmente voluntarios. Pero no es descartable la necesidad de un internamiento involuntario, en cuyo caso habrá de estarse a las exigencias y presupuestos legales, por lo que deberá tratarse de persona que a causa de aquellos padecimientos, es decir, de adicción al alcohol o al consumo de drogas tóxicas o estupefacientes, tenga alteradas sus facultades mentales de manera que no puede decidir por sí mismo.

En relación con los *internamientos en residencias de la tercera edad* la Instrucción 3/1990 de 7 de mayo de La Fiscalía General del Estado, a la vista de las graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado, entiende que debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico siempre, claro es, que se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente; en este supuesto, es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar. Pero en caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la Autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia. Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y, en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado. En el caso de que el deterioro físico o mental,

como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la Autoridad judicial para que ésta, previos los trámites previstos, hoy en el art. 763 de la LEC, dicte la correspondiente autorización judicial. En suma, la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, en los casos y por las causas legalmente previstas en los arts. 200 del CC y 763 de la LEC, debe ser totalmente proscrita; y hay que entender fuera del ámbito del art. 763 LEC los internamientos en residencias de la tercera edad, si se trata de personas que no padecen enfermedad mental y pueden decidir por sí. Los tribunales han tenido también ocasión de ocuparse de ingresos en centros geriátricos sin que exista un criterio uniforme en su tratamiento. Dos son las tesis que se vienen sosteniendo en torno a la cuestión de si es o no precisa la autorización judicial del art. 763 de la LEC para el ingreso no voluntario de personas de avanzada edad que, no pudiendo prestar su consentimiento a causa de un proceso degenerativo, son ingresadas en centros asistencias por sus familiares, incapaces de atenderlos personalmente.

Según una primera orientación, el internamiento a que el precepto se refiere tiene su razón de ser y justificación en la existencia de una enfermedad mental cuyo tratamiento requiere, de forma necesaria, del internamiento. Pero estas notas no se dan cuando se trata de internamientos que persiguen una finalidad asistencial, para ser objeto de una atención que podía recibir en su propio domicilio, pero que por razones, no médicas, sino familiares, de conveniencia familiar o de capacidad asistencial, decide su familia

ingresarlo en centro o residencia adecuados a tales fines.

Otra orientación, contrapuesta a la anterior, estima que para llevar a cabo este tipo de ingresos, es precisa la autorización judicial, toda vez que el internamiento no voluntario constituye una limitación de la libertad personal, de suerte que, el internamiento de quien padece un trastorno psíquico requiere autorización judicial, con mayor motivo si se trata de persona que no lo padece o de un padecimiento meramente degenerativo. Lo relevante no es que el ingreso se realice en un centro psiquiátrico, sino que el sujeto se vea privado de libertad, de su libertad deambulatoria.

La Audiencias están divididas. Veamos, a título de ejemplo, algunas decisiones jurisdiccionales; representativas de la primera tesis antes citada (tal vez mayoritaria) serían las siguientes:

- a) La AP de la Rioja, en Auto de 30 de diciembre de 2002, resuelve sobre solicitud de internamiento de anciano en residencia de personas mayores, que declara improcedente por tratarse de internamiento asistencial y no por causa de trastorno psíquico. En efecto, la petición de autorización judicial tenía por objeto el internamiento de una persona en Residencia de Personas mayores propia o concertada de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por exigírselo así la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja. El tribunal desestima la petición a pesar de los padecimientos que, según el informe médico aportado sufre el señor A. R., porque

la medida se concibe siempre como limitada en el tiempo y excepcional, con

finalidad terapéutica y no meramente asistencial. Sin embargo la solicitud se refiere a internamiento en Residencia de Personas mayores, y no por razón de trastorno psíquico, aunque también presente deficiencias de este tipo el padre de la solicitante, que además pudiera estar ya internado en centro asistencial, sin que conste haberse actuado conforme la LECiv previene para el caso de que sea necesario un internamiento de urgencia, evidenciándose que lo que se pretende es ayuda asistencial para una persona de edad, con las limitaciones que la misma y los problemas de salud que padece, han ocasionado, entre ellas el deterioro cognitivo que el informe médico indica, sin que conste, en contra de lo expuesto por la recurrente, precise tratamiento por trastorno psíquico, y en todo caso, no se solicita autorización para internamiento en centro de salud mental, sino en «Residencia de Personas mayores».

- b) Según la AP de Barcelona (Sección 1ª), en resolución de 5 febrero 1999 las personas de la tercera edad no pueden ser equiparadas a presuntos incapaces ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad que obligue a un control judicial. El Ministerio Fiscal había recurrido la decisión del Juez que denegaba el internamiento. La Audiencia Provincial declara:

Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo citado, conduce siempre a la misma conclusión: las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a pre-

suntos incapaces ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial. Consecuentemente, la interpretación general defendida por el Ministerio Público no se atiene al sentido y finalidad del artículo 211 tantas veces citado, por lo que no puede ser asumida por este tribunal.

- c) El auto de la AP de Sevilla de 21 de octubre de 2003 desestima el recurso del Ministerio Fiscal que entendía que no era procedente la legalización interesada por el Ministerio Fiscal de la situación de Doña Ángeles, de 89 años de edad ingresada, con demencia senil, en la Residencia Asistida de Pensionistas de Montequinto, perteneciente a la Junta de Andalucía, y respecto de la que se ha recomendado su inmovilización durante la noche, para evitar el riesgo de caídas, al intentar bajar de la cama. Para el Tribunal de apelación

No se dan aquí sus presupuestos, ya que la situación de una persona con trastorno psíquico que no pueda decidir por sí misma, es distinta a la de una persona de la tercera edad que ingresa en una residencia de ancianos, ni este tipo de centros son asimilables a centros de internamiento psiquiátricos. No consta la fecha en la que se efectuó el ingreso de Doña Ángeles en la Residencia Asistida de Pensionistas de Montequinto, ni la situación en que lo hizo, debiendo presumir el tribunal que lo hizo voluntariamente, por decisión propia y de sus familiares. Por otra parte, hay que entender que la medida de inmovilización nocturna, que se le ha prescrito médicamente y que forma parte de su tratamiento terapéutico o asistencial, para evitarle un evidente peligro, no

precisa tampoco legalización alguna por parte de la autoridad judicial, respecto de la cual, si no está capacitada para tomar decisiones, corresponderá a sus familiares, o personas a ella allegadas, otorgar el consentimiento, como prevé la Ley General de Sanidad.

Parece deducirse de la resolución que en el momento de la petición del Ministerio Fiscal, la internada padecía demencia senil, por lo que el criterio de la Audiencia ha de considerarse harto discutible, por más que pueda presumirse que en su día el internamiento se hizo voluntariamente por la paciente, si en el curso de ese internamiento sufre demencia senil, no puede admitirse que la continuidad en el internamiento –originariamente ajeno a fines terapéuticos- sea ya voluntaria y de persona que esté en condiciones de prestarlo, por lo que no era improcedente que a partir de ese momento se sometiese a control judicial.

- d) En la misma línea los autos de la AP de Vizcaya de 29 de enero de 2003 (Secc. 5ª) y 23 de enero de 2003 (Secc. 4ª). En esta última se afirma el acuerdo de las diversas Secciones de dicha Audiencia:

en que el internamiento regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una medida excepcional, necesaria y limitada en el tiempo que debe estar motivada por razones de trastorno psíquico y además, cuando se trata de internamientos realizados sin previa autorización, de urgencia tal que haga necesaria la inmediata adopción de la medida, y b) en que dichos presupuestos o condiciones determinantes de la autorización o ratificación de la medida no resultan predicables de situaciones como la presente interesando

la ratificación del ingreso en un centro residencial para mayores de una persona diagnosticada de demencia senil tipo enfermedad de alzheimer, y ello por cuanto que: b') no cabe apreciar sin mayores precisiones que, desde luego, no se contienen en la comunicación remitida, en la que nada se indica sobre las circunstancias que hicieron necesaria la inmediata adopción de la medida, las razones de urgencia que son precisas para que el internamiento pueda llevarse a cabo sin la previa autorización judicial, y b») el internamiento forzoso o involuntario, tal y como aparece concebido legalmente, ha de ser considerado como una medida puntual encaminada a atender y dar inmediata respuesta a una fase crítica dentro del proceso patológico de un enfermo mental que precisa del ingreso para evitar que se cause daño a sí mismo o a terceros, o a la situación de una persona que sin tal base patológica sufre una crisis transitoria que alterando su conciencia y voluntad puede provocar consecuencias gravosas, no pudiendo asimilarse a estas situaciones, que no presentan la nota de la permanencia, ni pueden calificarse de definitivamente consolidadas y no susceptibles de curación o mejoría, supuestos como el de autos, en el que se trata de una enfermedad degenerativa y de naturaleza irreversible a la que no cabe por lo tanto responder con la medida de internamiento que, prevista para situaciones reversibles y limitada por ello en el tiempo, quedaría, de ser acordada, desnaturalizada y privada de sentido desde un principio. Habiéndose pronunciado las tres Secciones, igualmente de forma concorde, en el sentido

de que, en casos como el de autos, lo procedente es la incapacitación, a la que pueden acompañar medidas cautelares, y no el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Exponente de la segunda tesis, es decir, la que entiende que los internamientos en centros geriátricos han de estar sometidos a la misma disciplina legal del art. 763 de la LEC, lo tenemos en el auto de 27 de marzo de 2000 de la AP de Segovia que se refiere a la petición de acogida en centro de asistencia geriátrica porque se basa en el padecimiento de trastorno o enfermedad psíquica. El Juzgado había desestimado *a limine* la petición de convalidación de internamiento no voluntario al amparo del art. 211 del CC (hoy 763 de la LEC). El Juez de instancia justificaba su rechazo por estimar que no era incardinable en los supuestos de la norma, la problemática que se deriva de las estancias de personas de edad avanzada, que con frecuencia padecen demencia senil o minusvalías de diverso tipo, en residencias geriátricas, aun cuando ingresen sin mostrar voluntad o la pierden con posterioridad. La Audiencia discrepa de tal interpretación; sin embargo, del contenido de los razonamientos parece deducirse que se tuvo en cuenta la existencia de unos padecimientos de orden mental que hacían preciso un tratamiento; la Audiencia parte de la idea aceptada de que

el ingreso de una persona de la tercera edad en un centro geriátrico, no resulta equiparable en absoluto al internamiento de un presunto incapaz en un establecimiento psiquiátrico. Pero avanzando en el examen literal del precepto transcrito, encontramos que no cataloga la

naturaleza del centro de internamiento sino que viene referido a internamiento por razón de trastorno psíquico; es decir fundamenta su razón de ser en la etiología y no en la denominación que más o menos discrecionalmente se otorgue al centro, con independencia y más allá del «fraude de etiquetas» que con frecuencia se utiliza.

Sentada la anterior premisa, sigue afirmando la resolución que

si la persona de la tercera edad no adolece de enfermedad o trastorno psíquico, en absoluto será subsumible el supuesto en expediente de jurisdicción voluntaria de la naturaleza y fines del que ahora analizamos, en base al art. 211 CC [hoy 763 LEC]. Pero si además de su avanzada edad, la razón de su acogida en un centro de asistencia geriátrica es que padece una enfermedad o trastorno mental, que determina «a priori» la posibilidad de que nos encontramos ante un presunto incapaz, resulta al igual que ocurre con otros padecimientos psíquicos que debe ser autorizado judicialmente su internamiento; pues el mismo aunque obedezca en mayor o menor medida a una finalidad asistencial implica también necesariamente una finalidad terapéutica o al menos paliativa de su enfermedad mental; y así los exámenes, cuidados y supervisiones médicas que a tal fin se realizan y que determinan el parte que incluye la documentación que acompaña a la demanda. (...) A los efectos del contenido de «internamiento», basta que por existencia de barreras físicas o por impedirlo personal sanitario, auxiliar o de vigilancia, la persona de que se trate no pueda abandonar en cualquier momento que lo intente, el centro en que se halle. Y trastorno o enfermedad psí-

quica, frecuentemente padecidas por las personas de la tercera edad lo integran los diversos tipos de demencia, como las de tipo Alzheimer, demencia vascular, demencia en la enfermedad de Parkinson, así como otros trastornos mentales orgánicos, con concreta denominación o sin especificación...

En el caso que se estudiaba, el tribunal entiende que la persona de cuyo ingreso se trataba, y según la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, que la sentencia examina, conocida como CIE-10, en los epígrafes F00, F01, F02 y F03, así como según la clasificación también universalmente reconocida DSM-IV, tenía padecimiento caracterizado por deterioro de la memoria, acompañado en cada caso de una disminución de otras capacidades cognoscitivas, déficit adicionales referidos a la capacidad de juicio, pensamiento y procesamiento general de la información, acompañado a su vez de una reducción del control emocional o de la motivación o un cambio en el comportamiento social. Por ello, señala la resolución que

la acogida de personas de tercera edad con etiología de las diversas demencias enumeradas o cualquier enfermedad de tipo psíquico, que determine su posible incapacidad, en hospital o residencia, en cuanto no se le permita salir de la misma en cualesquiera circunstancias que sea, equivale a detención a los efectos del art. 5.1 e) del CEDH y por ende se precisa autorización de dicho internamiento («detención») por la autoridad judicial. Sin que por tanto la naturaleza del establecimiento resulte restringida a su naturaleza exclusivamente psiquiátrica; y así en el asunto Johnson,

STEDH, 24-10-1997, el Tribunal una vez afirmada violación del Convenio por prolongación excesiva en un hospital psiquiátrico, no entra a ponderar si el acuerdo de residir en un albergue para personas alcohólicas, contradice el art. 5 del Convenio, porque la medida no fue llevada a la práctica; no porque resulte un ámbito externo al ámbito de protección de la norma.

De la misma opinión que esta resolución es la de la AP de Toledo (Secc. 1ª) de 16-enero-2003.

D) *Clases de internamiento.*- Hay dos modalidades de internamiento; uno *ordinario*, en el que la autorización es previa al internamiento, y otro *de urgencia* en el que la autorización, o mejor la ratificación, se obtiene con posterioridad al internamiento. Pero, cualquiera que sea el tipo de internamiento, hay unas actuaciones que son comunes y obligatorias en ambas modalidades y que han de preceder a la autorización o ratificación, según los casos. Son las siguientes:

a) *El dictamen de facultativo.*- El art. 763.3 dice que el Juez oír el dictamen de un facultativo; a pesar de la expresión, se trata de dictamen emitido por escrito. Es muy habitual que tal dictamen sea emitido por médicos forenses; pero la intervención de este facultativo no es obligatoria por más que sea funcionario judicial; ni qué decir tiene que puede emitirlo un especialista en psiquiatría. Lo razonable es que el informe no sea emitido por el facultativo que solicita el internamiento o el del centro donde haya de ser internado, aunque legalmente no hay obstáculo para que así pueda ser. Aunque la literalidad de la ley habla del «dictamen de un facultativo», no hay inconveniente para que el tribunal recabe

el dictamen de dos peritos<sup>11</sup>; el mismo precepto autoriza al Juez a practicar cualquier otra prueba, por lo que podrá recabar un dictamen de contraste, o pedir informe a un equipo multidisciplinar.

- b) *Examen personal del Juez*.- De nuevo la ley quiere, al igual que ocurre con el procedimiento de incapacitación, la percepción inmediata del Juez que ha de resolver sobre la autorización.
- c) *Informe del Ministerio Fiscal*.- El Ministerio Fiscal se pronunciará sobre la procedencia del internamiento.
- d) También quiere la ley que el Juez oiga a la persona afectada por la decisión, así como a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o que solicite el afectado por la medida.

Las que acabamos de enunciar son actuaciones obligadas, que la ley impone necesariamente al Juez; pero, a la vez, le permite la práctica de cualquier otra prueba que resulte relevante para el caso.

Cuando el internamiento es ordinario, una vez realizada la solicitud, sigue la práctica de las diligencias que quedan expresadas. Si se trata de un internamiento de urgencia, cuando razones de esta índole hacen necesaria la inmediata adopción de esa medida, el responsable del centro donde ésta se produzca deberá dar cuenta de dicho internamiento al Juez de Primera Instancia del lugar donde radique en centro, lo que se llevará a efecto lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. A partir de esta comunicación, el tribunal incoa el expediente y lleva a cabo las actuaciones antes referidas, para finalmente decidir si ratifica o no dicha medida, decisión que deberá adoptar en el

plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En relación con la citada obligación del responsable del centro al órgano jurisdiccional, no ha de ser, en opinión de LETE DEL RÍO, de mera comunicación de la persona, día y hora de ingreso, sino que debe abarcar una información lo más completa posible que indique la persona, médico o autoridad que requirió el internamiento, razones que lo motivaron, oportunidad del ingreso, diagnóstico provisional, tratamiento que se le ha de suministrar, posible duración de la medida, etc.

La situación de urgencia puede consistir en el peligro que para el propio enfermo o para terceros comporta la enfermedad y la falta de tratamiento.

En el expediente, el afectado puede intervenir disponiendo de representación y defensa, y, en consecuencia, podrá expresar su criterio contrario al internamiento y oponerse al mismo.

Lo dicho hasta aquí se refiere al internamiento forzoso. Un *internamiento voluntario* no precisa de autorización judicial y, por consiguiente, no se aplican las prevenciones y exigencias del art. 763 de la LEC. Se entiende que ha de tratarse de un consentimiento personal, prestado por el propio enfermo, no de un familiar. Esta forma de ingreso voluntario será propio de determinadas patologías compatibles con la posibilidad de emitir un consentimiento libre, no viciado por la falta de entendimiento; es decir, y *a contrario sensu* de lo que se dice en el art. 763 de la LEC, se trataría de consentimiento prestado por quien está en condiciones de

<sup>11</sup> En el trámite parlamentario el Grupo de Coalición Democrática y el Grupo Comunista propusieron en su momento el dictamen de dos facultativos.

decidirlo; así ocurrirá, frecuentemente, en supuestos de alcoholismo, drogadicción, depresión, ansiedad.

No obstante, la opinión no es pacífica, y hay quienes entienden que todo internamiento voluntario en establecimiento psiquiátrico debe ser comunicado al Juez. Opino, con Chimenno Cano, que la exigencia es excesiva y que supondría una excesiva judicialización de la vida social, al tiempo que una vulneración del derecho fundamental a la intimidad; el internamiento voluntario, dice la citada autora, es un acto de la esfera privada de la persona que ha de quedar amparado por el derecho fundamental a la intimidad y el secreto profesional, por lo que no precisará de autorización judicial.

No obstante, un internamiento voluntario puede requerir en algún momento una intervención judicial si la evolución del paciente le conduce a un estado en el que no puede decidir por sí, por lo que el mantenimiento en el régimen de internamiento deja de estar sustentado en una decisión libre y consciente.<sup>12</sup>

La autorización revestirá la forma de auto que es susceptible de recurso de apelación (art. 763.2). Destaca oportunamente Lete Del Río la conveniencia de que la resolución establezca un breve plazo de vigencia de la autorización durante el cual ha de llevarse a cabo el internamiento; en otro caso, debe hacerse -dice el citado autor- en el término más inmediato posible (por ej. diez días), transcurrido el cual la autorización caducará.

De igual modo, hay que entender que una vez el ingresado ha obtenido el alta, un nuevo ingreso requerirá de nueva autorización. La autorización ha de entenderse

concedida *ad hoc*, es decir, para el momento y circunstancias que motivaron su petición, sin que quepa admitir autorizaciones abiertas o genéricas; ya la STS de 10 de febrero de 1986 advirtió que «las limitaciones de índole personal, como son las de internamientos en Centros psiquiátricos, no pueden establecerse «a priori» y genéricamente, sino en el momento y concretamente para cuando se dé la causa que requiera tan extraordinaria medida afectante a la personalidad».

Antes de terminar con este apartado importa advertir que el art. 763 de la LEC contempla solo los requisitos y procedimiento encaminados a obtener del Juez la autorización para el internamiento; es decir, el tribunal autoriza, no ordena el internamiento. La misión del Juez es velar por la no vulneración del derecho a la libertad bajo pretexto de la necesidad de un internamiento en centro psiquiátrico. Se trata de comprobar que el sacrificio de la libertad personal resulta justificado por la necesidad terapéutica del internamiento. Siendo así, el tribunal da autorización para que pueda llevarse a cabo en estado o situación de privación de libertad el tratamiento de una persona que no está en condiciones de decidir por sí ese internamiento. En rigor puede decirse que el Juez suple la voluntad de quien no está en condiciones de prestar por sí su consentimiento; pero ello lo hará si se dan determinados presupuestos que servirán para asentar un juicio de necesidad y conveniencia para el enfermo. Solo en ese caso, el Juez accederá a suplir con su voluntad la de quien no está en condiciones de prestar la suya por causa de su padecimiento. O dicho más brevemente, la voluntad del Juez suple la ausencia de voluntad, la incapacidad de consentir, del sujeto de cuyo internamiento

---

<sup>12</sup> Hay una previsión en este sentido en el art. 255.1 del Código de Familia de Cataluña (1998) según el cual el internamiento pasa a considerarse involuntario cuando la persona no puede decidir por sí misma la continuación del internamiento.

se trata.

Por consiguiente, el Juez no ordena -como ocurriría en el proceso penal- el internamiento, sino simplemente lo autoriza, como tampoco le incumbe decidir o elegir el centro de internamiento. Ello significa que no ha de ejecutar materialmente el internamiento o el traslado del enfermo al establecimiento correspondiente. En la práctica sucede en ocasiones que el Juez dispone la conducción del enfermo al centro, como si de la ejecución de su resolución se tratase. Pero la decisión del Juez, su resolución, no es sino de mera autorización; la lectura del art. 763 de la LEC es bien elocuente; solo se refiere a la autorización judicial; en ningún momento se dirá que el Juez dispone o acuerda el internamiento; aquella autorización no es sino un «salvoconducto judicial» para que se pueda llevar a cabo, por quien lo pretenda, el internamiento, que resulta, así, legitimado y a salvo de la tacha de ilegalidad o antijuridicidad.

Precisamente uno de los problemas que generaron mayores disfunciones en la práctica, especialmente al comienzo de la aplicación del anterior art. 211 del CC tras la reforma de 1983, fue el del traslado y admisión de enfermos en los centros psiquiátricos. Los familiares del enfermo que pretendían un internamiento de urgencia encontraban resistencia en los centros, los cuales les remitían a la previa obtención de la autorización judicial. Cuando, en otro caso, se concedía autorización por el Juzgado, la familia del enfermo difícilmente encontraba auxilio para la conducción al centro cuando no podía hacerlo por sí mismo.

Cuando el ingreso obedece a indicación médica, es la organización sanitaria la que habrá de encargarse del traslado, en el que, si necesario fuere por las características

del enfermo, es decir, cuando se ponga en riesgo la vida o integridad de las personas o sus bienes, podrá el personal sanitario auxiliarse de la Policía. La policía, en los casos extremos de urgencia, podrá proceder por sí al traslado, pues les incumbe auxiliar y proteger a las personas en las situaciones de peligro en que se encuentren (art. 11.1-b de la L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

La autorización judicial de internamiento no significa que el centro deba admitirlo; el facultativo del mismo podrá no hacerlo; ni la autorización judicial puede traducirse en imposición alguna ni el criterio de los facultativos que hayan emitido el dictamen en que el Juez se fundó para autorizar el internamiento han de prevalecer necesariamente sobre el diagnóstico del médico correspondiente del centro donde se pretende el ingreso. Ello sin perjuicio de que pudiera incurrir en responsabilidad si la negativa a admitir el ingreso es producto de un proceder negligente.

#### E) *El control judicial del internamiento.*-

Una vez se ha producido el internamiento, se abre una fase de control judicial sobre su continuidad. En la misma resolución que acuerde el internamiento -dice el art. 763.4 de la LEC- se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, y ello sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

La ley establece una periodicidad para esos informes: habrán de emitirse cada seis meses. Pero se trata de un mínimo; el mismo Juez, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, podrá señalar un plazo inferior. Hay que tener en cuenta que si el internado es persona que ya ha sido

incapacitada, el tutor debe informar anualmente sobre la situación del incapacitado (art. 269.4 CC).

Recibidos los informes, el tribunal, previa práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Nada dice la ley sobre la necesidad de observar las mismas garantías previstas para el internamiento. Sin embargo, parece razonable entender que las que fueron observadas para autorizar el internamiento deberán seguirse a la hora de reactivar o renovar esa autorización, que no otra cosa supone, en definitiva, autorizar la continuidad del internamiento (en este sentido, CHIMENO CANO); en consecuencia, una vez se reciba el informe del centro donde se haya producido el internamiento, el Juez deberá examinar personalmente al internado y recabar dictamen de facultativo -que le servirá de contraste con el emitido por el centro-, además de oír al Ministerio Fiscal.

Pero además de este control judicial, también al Ministerio Fiscal incumbe una función de vigilancia y control de los internamientos en curso. De una parte, el art. 4.2 de su Estatuto le asigna la función de visitar los centros de internamiento de cualquier clase de su territorio, examinar los expedientes y recabar cuanta información estime conveniente. Por su parte la Instrucción 6/1987 de la Fiscalía General del Estado les encomienda que por lo menos cada seis meses se revisen los internamientos de las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos y que también se realicen periódicas visitas a los establecimientos públicos y privados, que tengan internados, enfermos psiquiátricos, revisando sus expedientes, con el fin de evitar posibles ingresos indebidos.

Es evidente que el control que la ley contempla, al que venimos aludiendo, mira fundamentalmente a la protección de la libertad personal del internado y a evitar, al tiempo de su autorización, que se vea indebidamente privado de ella a pretexto de unas razones terapéuticas que no justifican el internamiento; el control posterior atiende a no prolongar esa privación de libertad más allá de lo necesario. Pero cabe preguntarse si el control y fiscalización del Juez sobre el internamiento por él autorizado puede extenderse, además, al tipo de tratamiento a que el internado es sometido, en el entendimiento de que aquél forma parte de las condiciones de ese internamiento. Parece obvio que, en principio, no incumbe al Juez la intromisión en ese ámbito estrictamente médico y terapéutico. La pregunta solo se suscita cuando entre en juego o se cuestione una eventual lesión en la dignidad de la persona o las consecuencias que de determinados tratamientos pueden derivarse, en el supuesto, por ejemplo, de terapias especialmente agresivas o productoras de secuelas.

Algún ordenamiento así lo prevé; por ejemplo, el Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998 de 15 de julio); al tratar de la tutela de las personas incapacitadas, el art. 219 contempla la necesidad de autorización judicial no solo para internar al incapacitado en un establecimiento adecuado, sino también «para aplicar a la misma tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica». El art. 255. 3 del citado Código de Familia catalán que regula el internamiento prevé, por su parte, también la necesidad de autorización judicial en el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada.

Como dice CHIMENO CANO, la legalidad del internamiento es inseparable de las condiciones del tratamiento. En caso, pues, de tratamientos que revistan aquellas características hay que admitir, en principio, la necesidad de una expresa aprobación judicial (por no estar en condiciones de prestar su conformidad, no podrá esperarse del paciente el consentimiento informado a que se refiere el art. 10 de la Ley de Sanidad de 1986).

Dicen GAZENMÜLLER y ESCUDERO que si bien es cierto que el legislador nacional nunca ha sometido a control judicial el tipo de tratamiento y que tal falta de control no tiene por qué suponer una vulneración al derecho de libertad de cuya protección se ocupa el art. 5.1 del Convenio de Derechos Humanos, también lo es que ello supone no llevar hasta sus últimas consecuencias la posición de «garante» que la legislación atribuye al Juez.

Por último, el alta del enfermo puede ser decidida por el facultativo; a ello le autoriza expresamente el art. 763 *in fine* de la LEC: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

Puede suceder que el juez, en contradicción con los facultativos del centro, estime que debe acordarse ya el alta, de modo que no autorice la continuidad del internamiento; será el juez, no los facultativos, como es lógico, quien, en ese caso, asumirá la responsabilidad por las eventuales consecuencias que puedan derivarse de una indebida anticipación en el cese del internamiento.

F) *La Proposición de Ley (122/000085) del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) sobre*

*modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos*, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de 19-julio-2004.

Por el evidente interés de la cuestión y trascendencia del problema, hacemos referencia a esta Proposición de Ley, siquiera para dar aquí sumaria noticia. La Exposición de Motivos de la Proposición explica la razón de tal iniciativa. Trata de dar respuesta y soluciones a los problemas con que se enfrentan los familiares de las personas con enfermedad mental que se niegan a asumir el tratamiento médico, bien por la falta de reconocimiento de la propia enfermedad, bien por la estigmatización social de las enfermedades mentales o por los efectos secundarios de la medicación de las mismas, razón por la que personas que padecen una enfermedad mental que hoy no tiene cura y es crónica se niegan a seguir el tratamiento debido. Si estos enfermos se sometiesen a tratamiento podrían llevar una vida normalizada, lo que no ocurrirá, lógicamente, en el caso contrario de rebeldía frente al tratamiento; su calidad de vida, entonces se verá profundamente deteriorada.

La experiencia nos muestra como estas personas están siendo sometidas a reiterados y sucesivos ingresos, internamientos que se han dado en llamar «de puerta giratoria». Dice, en efecto, la Exposición de motivos de la Proposición: «En la práctica, se está sometiendo a personas que precisan de ayuda al más absoluto abandono que únicamente reciben la medida terapéutica de ingresarlo cuando existe una pérdida de calidad de vida acuciante y/o se produce una situación de riesgo para su vida o para la de los demás. Estos ingresos son dictaminados por un

facultativo y autorizados por un juez, que ha de garantizar que la privación de libertad del enfermo contra su voluntad se realice con todas las garantías de sus derechos fundamentales. Además, es frecuente que dichos ingresos duren pocos días, que el enfermo salga y al cabo de unos meses vuelva a ingresar, estando los periodos que permanecen en el domicilio sin medicarse y sin garantías de calidad de vida.» Ha de sumarse a este quebranto el coste económico y familiar que ese estado de cosas comporta.

Reducido el régimen legal a solo dos posibilidades, internamiento o incapacitación, puede decirse que existe una laguna legal para dar solución a estas situaciones. Por ello, recuerda la Proposición de Ley, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, realizado en Oviedo en 1997 por los Estados miembros del Consejo de Europa y ratificado por el Estado español en 1999, establece en su artículo 7 la posibilidad de intervención y no sólo de ingreso; dice textualmente: «La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas

por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como medios de elevación de recursos».

El Convenio no ha tenido reflejo ni desarrollo legislativo; según se explica en la Exposición de Motivos de la Proposición, algunas Fiscalías han realizado intentos de aproximación a esta materia que no se han visto apoyados por los jueces ante la falta de normativa, como tampoco por los facultativos ante la falta de información y de coordinación para las evaluaciones periciales precisas para llevarlo a cabo con la máxima garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Para remediar el actual estado de cosas, se propone la adición al art. 763 de la LEC de un apartado 5 cuyo texto sería el siguiente: «Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del Facultativo, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento».<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> La Proposición suscita opiniones encontradas. En la práctica algunos tribunales ya están llevando a cabo autorizaciones en el sentido de la propuesta de reforma legislativa basándose en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el convenio de Oviedo y la Constitución; otros tribunales, al carecer de norma escrita, se oponen a cualquier decisión en este sentido. Además de la consulta que puede realizarse en la página web *congreso.es*, una reseña de las favorables y contrarias a la propuesta en las comparecencias de diversos expertos ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados durante los días 1 y 2 de marzo de 2005, puede verse el artículo *Sobre la reforma de la LEC para regular los tratamientos no voluntarios de personas con trastornos psíquicos*, de V. MAGRO SERVET, Diario La Ley, número 6260, 25-5-2005, págs. 1 a 12, que, por su parte, hace una valoración positiva de la Proposición

## VII. Medidas Cautelares

El art. 762 de la LEC regula las medidas cautelares; su finalidad no se ajusta plenamente a las que como tales se regulan en los arts. 721 a 747 de la misma ley procesal, pues si éstas cumplen una función de aseguramiento del derecho del demandante cuya efectividad futura, una vez se dicte sentencia, puede verse frustrada cuando se pretenda ejecutar la sentencia, en este caso, es decir, en el proceso de incapacitación, no puede hablarse de un derecho del demandante en riesgo toda vez que quien promueve la incapacitación no tiene derecho alguno sobre la capacidad del demandado; tampoco se trata de salvaguardar la efectividad de la sentencia futura, dado su carácter constitutivo. Precisamente, lo que se trata de prevenir con estas medidas cautelares es, no el interés del demandante, de quien promueve la incapacitación de otro, sino el interés y beneficio del demandado y, en algunos casos -prodigalidad, por ejemplo- los de terceros que pueden verse perjudicados por la conducta del presunto incapaz.

En todo caso, sí participan estas medidas de la nota de accesoriedad y carácter instrumental, en el sentido de que se adoptan y mantienen en función del proceso principal de incapacitación ya iniciado o a punto de promoverse.

La iniciativa en la adopción de estas medidas corresponde al propio tribunal, al Ministerio Fiscal y a quienes sean parte en el proceso. Cuando el tribunal competente tiene conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona adoptará de oficio -dice el propio art. 762.1- las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, al tiempo que pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación. Está, pues, pensando el legislador en la adopción de una medida con anterioridad al inicio del procedimiento de incapacidad. De igual modo, el Ministerio Fiscal, dada la misma situación, es decir, cuando tenga cono-

cimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, podrá solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas antes indicadas (art. 762.2). También en este caso el precepto está pensando en la adopción de la medida con anterioridad al proceso. Pero ningún inconveniente hay para que pueda adoptarse estando éste ya en trámite, ya que el mismo precepto, en el apartado tercero, prevé que en cualquier estado del procedimiento de incapacitación puedan ser adoptadas las medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte. Cuando se habla de parte, se está pensando en un proceso ya incoado; por parte hay que entender tanto al demandante como al propio demandado, es decir, a quienes le representen, pues se trata, en definitiva, de proteger y salvaguardar sus derechos e intereses. Significa esto que quienes no sean parte, es decir, los terceros, no podrán pedir la adopción de la medida, pero sí podrían poner el hecho en conocimiento del tribunal competente para que éste, si procede, adopte la medida al amparo de la posibilidad que el art. 762.1 de la LEC le da para hacerlo de oficio.

En principio, la regla es que la medida haya de adoptarse con audiencia de la persona afectada. Son de aplicación las normas que sobre procedimiento están previstas con carácter general en los arts. 734.735 y 736 de la LEC.

No dice el precepto qué medidas pueden adoptarse; indudablemente hemos de recurrir al repertorio de las que se contienen en el art. 727 de la LEC en cuanto se adapten a la situación y objetivos de que se trata. Algunas de las allí previstas no tienen sentido en el proceso de incapacitación, como ocurre con el embargo de bienes, medida que es propia de las reclamaciones de cantidad o ejecuciones dinerarias, pero de difícil aplicación al proceso de incapacitación. Sí tiene sentido, sin embargo, por su finalidad protectora, la intervención y administración del patrimonio del presunto incapaz. Se trata, por otro lado, de medida que específicamente

se contempla en el art. 299 bis del CC, a cuyo tenor «cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida». Se trata de una administración limitada a los actos de conservación del patrimonio en tanto se decide sobre la incapacidad.

Como complementaria de la anterior o con carácter autónomo, podrá también acordarse el inventario de bienes, de modo que quede constancia en el proceso del patrimonio del presunto incapaz.

También puede adoptarse como medida cautelar el depósito de bienes muebles, que mira fundamentalmente al cuidado del dinero, títulos y objetos de valor, cuya custodia se encomienda a un depositario nombrado a tal fin.

Cumple también función cautelar la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad (art. 42.5 en relación con el 2-4º LH).

### VIII. Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacidad

Las condiciones físicas o mentales que determinaron en su momento la declaración de incapacidad pueden sufrir alteraciones o desaparecer; esta posibilidad es contemplada por el legislador que arbitra un procedimiento cuyo objeto es, precisamente, la revisión de la capacidad del sujeto y, por ende, de su *status* jurídico. Como consecuencia de la estimación de la demanda, la limitación de la capacidad jurídica acordada en la sentencia dictada en el proceso de incapacidad, podrá verse ampliada, reducida o, simplemente dejarse sin efecto para que el sujeto recupere la plenitud de su capacidad de obrar. Esta previsión legislativa se contiene en el art.

761.2 de la LEC: «la sentencia de incapacidad no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacidad ya establecida».

Este nuevo proceso puede iniciarse a instancia de las mismas personas a quienes viene atribuida la legitimación activa para el proceso de incapacidad, es decir, al cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a los descendientes o ascendientes o hermanos del declarado incapaz, y también a los que ejercieren cargo tutelar o tuvieren bajo su guarda al incapaz, al Ministerio Fiscal y, por supuesto, al propio incapaz (art. 761.2 LEC).

Es aplicable al proceso de reintegración o modificación de la capacidad, y tanto en la primera como en la segunda instancia, la obligatoriedad de la práctica de oficio de las pruebas que con carácter preceptivo se previenen para el proceso de incapacidad, es decir, audiencia de los parientes más próximos, examen por el tribunal del incapaz y dictámenes periciales necesarios o pertinentes (arts. 761.3 y 759 LEC).

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

### Bibliografía

1. Chimeno Cano, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Thomson Aranzadi, 2004.
2. Delgado Bueno, S. Y Ruiz De La Cuesta, J. Mª., «Aspectos jurídico legales del internamiento y de la incapacidad» en «Los discapacitados y su protección jurídica». Estudios de Derecho Judicial, 22/1999, Consejo General del Poder Judicial. Consejo general del Notariado, Madrid, 1999
3. Díez Picazo, L. *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Técnos, Madrid, 1986.
4. Díez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol.I, 1992.
5. Gazenmüller Roig, C. y Escudero Moratalla, J.F., *Discapacidad y Derecho*, Barcelona, 2005.
6. Leña Fernández, R., *La protección jurídica del discapacitado*. Coord. I. Serrano García. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

7. *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios Notariales de España, 1997.
8. Lete Del Río, *Internamiento por razón de trastorno psíquico*, Actualidad Civil, núm.43, 2002.
9. Magro Servet, V., *Sobre la reforma de la LEC para regular los tratamientos no voluntarios de personas con trastornos psíquicos*, Diario La Ley, número 6260, 25-5-2005.
10. Moreno Catena, V. y otros, *Derecho Procesal*, I, vol, II, Proceso civil (2), Valencia, 1986.
11. Parra Lucán, M<sup>a</sup> A. y otros, *Curso de Derecho Privado (I)*. *Derecho Privado. Derecho de la persona*, Colex, Madrid, 1998
12. Ribelles Durá, S. La persona. El estado civil y el Registro Civil. Parte Segunda. Capacidad, en «Instituciones de Derecho Privado. Coord. general J.F. Delgado de Miguel. Tomo I. Personas, vol. 2<sup>o</sup> Coord. J. A. Martínez Sánchez. Madrid, 2003.