

MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE
OBRAR COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS
PERSONAS MÁS VULNERABLES

*JUDICIAL MODIFICATION OF THE CAPACITY TO ACT AS A
SYSTEM FOR THE PROTECTION OF MORE VULNERABLE PEOPLE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 224-281

* El presente artículo se encuadra dentro del Proyecto I+D - Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia. Subprograma estatal de generación de conocimiento: "La mujer en la Literatura y Jurisprudencia clásicas" (DER2016-78378-P).

Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: En los últimos tiempos, en virtud de lo dispuesto en la CE, y por influencia de la Convención de Naciones Unidas sobre las personas con discapacidad, tanto la regulación de la incapacitación como la interpretación de la misma por nuestros tribunales, ha sufrido en nuestro derecho una importante evolución como sistema de protección de las personas, que ha determinado incluso un cambio en la terminología, denominándose personas con la capacidad modificada judicialmente. Nuestra legislación dispone que solo se puede limitar la capacidad de las personas en sentencia judicial por las causas señaladas en la ley, siendo fundamental la imposibilidad de gobernarse por sí mismas. En la sentencia se establecerá el alcance de la limitación de la capacidad de la persona, existiendo actualmente una tendencia a adecuar a las necesidades de la misma dicha limitación, y pudiendo modificarse en un nuevo proceso si varían las condiciones físicas o psíquicas y de autogobierno del incapaz, ya que la sentencia no tiene eficacia de cosa juzgada. Aunque ha de advertirse que se ha presentado un Anteproyecto de Ley sobre reforma de la legislación en materia de discapacidad que propone la supresión de la incapacitación y su sustitución por determinadas medidas de apoyo al discapacitado.

PALABRAS CLAVE: Modificación judicial de la capacidad; incapacitación; discapacidad; internamiento involuntario; autogobierno.

ABSTRACT: *In recent times, under the provisions of the EC, and the influence of the United Nations Convention on persons with disabilities, both the regulation of incapacitation and the interpretation of it by our courts has suffered in our law an important evolution as a system of protection of persons, that has even determined a change in the terminology, being called persons with the capacity modified judicially. Our legislation provides that you can only limit the capacity of people in court for the reasons indicated in the law, being fundamental the impossibility of governing themselves. The sentence will establish the scope of the limitation of the person's capacity, there is currently a tendency to adapt to the needs of the same limitation, and can be modified in a new process if the physical or mental conditions and self-government of the incapable, since the sentence does not have the efficacy of res judicata. Although it should be noted that a Draft Law on the reform of the legislation on disability has been presented which proposes the elimination of incapacitation and its replacement by certain measures to support the disabled*

KEY WORDS: *Judicial modification of capacity; incapacitation; disability; involuntary commitment; self-government.*

SUMARIO.- I. CONSITUCIÓN ESPAÑOLA Y MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR COMO SISTEMA DE PPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- II. REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN.- III. CAUSAS QUE PERMITEN MODIFICAR LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.- IV. PERSONAS A LAS QUE SE PUEDE MODIFICAR JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.- V. PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE MODIFICA JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.- 1. Competencia del Juez.- 2. Establecimiento de medidas cautelares.- 3. Legitimación activa y pasiva en el procedimiento de incapacitación.- 4. Intervención del Ministerio Fiscal.- 5. Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.- 6. Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.- VI. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.- 1. Extensión y límites de la modificación judicial de la capacidad. Constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.- 2. Internamiento de la persona.- A) Consideración general.- B) Internamiento del incapacitado determinado en la sentencia.- C) Régimen específico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.- 3. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado limitados en la sentencia de incapacitación.- VII. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD. VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO. REFERENCIA A LA NUEVA REGULACIÓN PROYECTADA SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS.

I. CONSITUCIÓN ESPAÑOLA Y MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR COMO SISTEMA DE PPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En nuestra realidad social se dan situaciones en las que existen personas que por las especiales circunstancias en las que se encuentran pueden ver mermados sus derechos o el ejercicio de los mismos. Muchas son las circunstancias que pueden determinar estas situaciones, pero no todas desembocan en una situación de modificación de la capacidad de las personas que se encuentran en las mismas; sin embargo, algunas de estas circunstancias pueden determinar esta modificación; así, la minoría de edad, el padecimiento de determinadas enfermedades, la discapacidad, o la ancianidad, entre otras. La modificación de la capacidad de estas personas se produce en nuestro sistema jurídico a través de la institución de la denominada tradicionalmente incapacitación, institución cuya regulación ha sufrido reformas importantes, sobre todo, en cuanto a la interpretación de los valores y principios que la informan, en atención a la normativa internacional que se ha producido en relación a las personas vulnerables.

La Constitución Española garantiza la protección desde distintos puntos de vista de las personas que se pueden encontrar en situación de vulnerabilidad. En principio, cabe destacar el fundamental art. 10 que consagra la dignidad de la

• **Josefina Alventosa del Río**

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: josefina.alventosa@uv.es

persona, los derechos inherentes a la misma y el libre desarrollo de la personalidad, así como el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamento del orden político y de la paz social; igualmente es esencial el principio de igualdad sancionado en el art. 14 que impide todo tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Principios fortalecidos por el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona consagrados recogidos en los arts. 15 y siguientes de la misma.

En particular, en relación a los menores, el art. 39 dispone que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, estableciendo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y garantizando la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Derivado de este mandato se ha producido una extensa regulación que ha incidido en la protección jurídica, social y familiar de los mismos, especialmente a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a través de la normativa contenida en el Código civil, y de otra legislación estatal y autonómica sobre protección de la infancia y de la adolescencia, y de otras normativas de carácter penal y laboral que establecen protección de los menores en situaciones más específicas.

Por su parte, la protección de las personas que padecen enfermedades se ha garantizado mediante la consagración del derecho a la vida y a la integridad física como derechos fundamentales en el art. 15 CE y del derecho a la protección a la salud en el art. 43 CE. Dicha protección se realiza a través de la legislación sanitaria, fundamentalmente, entre otras muchas, en la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, donde se recogen los derechos de los pacientes y usuarios del sistema nacional de salud, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y legislación autonómica concordante.

Particular atención se ha prestado a las personas discapacitadas siguiendo las directrices de los organismos internacionales que abogan por la defensa de sus intereses y de una mayor integración en la sociedad. Nuestra Constitución dispone en el art. 49 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". En su virtud, se promulgaron la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 41/2003, de

18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria (modificada a su vez por la Ley 1/2009, de 25 de marzo), que se publicó con la finalidad de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad, vinculándola a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introdujo por primera vez en nuestro Derecho la figura de la autotutela; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. Para armonizar toda esta regulación, se publicó el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que refunde, aclara y armoniza la normativa anterior (Ley 13/1982, de 7 de abril; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que quedan derogados), y revisa los principios legislativos contenidos en las mismas adaptándolos a la Convención Internacional de 2006. Por último, cabe señalar que también se ha desarrollado en las Comunidades Autónomas una abundante normativa sobre protección de las personas con discapacidad¹.

En este ámbito es norma fundamental, entre la normativa internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, realizada en Nueva York, y firmada por España el 30 de marzo de 2007². Esta Convención considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, estando los poderes públicos obligados a garantizar que el ejercicio de estos derechos sea pleno y efectivo, cosa que ya se recoge en nuestra Constitución, como se acaba de ver. La ratificación de esta Convención por España ha determinado la publicación en nuestro país de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- 1 En particular, y a título de ejemplo, en la Comunidad Valenciana cabe destacar la Ley 9/2018, de 24 de abril, de modificación de la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad; en la Comunidad de Castilla-La Mancha, la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad; en la Comunidad de Castilla-León, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad; y en la Comunidad de Andalucía, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad.
- 2 Véase en relación con dicha Convención los estudios, entre otros, de CAMPO IZQUIERDO, A.: "Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *La Ley. Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 2, 2014 (Ejemplar dedicado a: Protección jurídica de personas vulnerables), pp. 2-7; GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España", *Anuario de derecho civil*, Vol. 66, núm. 1, 2013, pp. 59-147; LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. de P. BLASCO GASCÓ), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1325-1326.

Por su parte, el art. 50 CE también presta especial consideración a las personas de la tercera edad, mayores o ancianas, estableciendo expresamente que “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Algunas de estas situaciones pueden determinar que la persona que se encuentra en estas circunstancias tenga limitaciones para desenvolverse con plena autonomía en las relaciones sociales y jurídicas o, incluso, que se encuentren ante la imposibilidad de gobernar su vida con independencia.

Estas situaciones tienen en nuestro país una cobertura jurídica importante. En el caso de existencia de limitaciones, la protección de dichas personas se encuentra garantizada a través de la legislación ya reseñada; en el caso de imposibilidad de autogobierno, la protección de las mismas se realiza a través de la modificación judicial de la capacidad, que deja bajo la guarda de las instituciones tutelares a la persona con dicha imposibilidad.

La modificación judicial de la capacidad de obrar de la persona, denominada usualmente incapacitación, terminología utilizada aún en nuestros textos legales, supone la limitación de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial por las causas establecidas en la ley (arts. 199 y 200 CC)³, previendo el juez, una vez declarada, un régimen de protección de la persona y de los bienes del incapacitado, a través de la constitución de la tutela, de la curatela o de la guarda de la persona incapacitada.

A la vista de las situaciones en que pueden encontrarse las personas, como se acaba de ver, se observa que existe una interrelación entre la incapacitación con otras figuras que se interconectan entre sí en determinados planos: la incapacidad natural, la discapacidad y la dependencia.

La incapacidad natural es una situación de hecho en la cual la persona carece de la aptitud de entender y querer, núcleo de la capacidad de obrar. Sin embargo, la incapacitación, basándose en la falta de esta aptitud, supone el paso de la situación de hecho a una situación jurídica, pues implica una declaración judicial a través de la cual se dota a la persona incapacitada de un sistema de protección concreto de la que carece un incapaz natural⁴.

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

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

Por su parte, discapacidad y dependencia, a las que se han dedicado concretas normas legales, son situaciones de la persona que han experimentado una notable evolución desde la óptica social y jurídica⁵.

Señala la doctrina que el concepto actual de lo que se entiende por persona con discapacidad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, viene definido en el art. 1 de la citada Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que dispone: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁶.

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

5 Así, sus conceptos han sufrido una evolución desde el año 1980 en el que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una clasificación general (CIDDM: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías), que iba desde las causas médicas y de salud hasta llegar a las manifestaciones últimas en la vida diaria, pero que no satisfacía la concepción y los intereses de las personas discapacitadas, por lo que la OMS decidió someterla a una revisión y reformulación conceptual que se recogió en la CIDDM-2 o CIF (Aprobada por Resolución WHA54.21), en la que se introdujo el documento denominado “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”. Véase al respecto, AA.VV.: *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con alzheimer* (Coord. Rodrigo Marrero Macías), 2010, pp. 9-10; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, *Revista de Derecho de la UNED*, 2011, pp. 83-92.

6 Los principios fundamentales que se recogen en dicha Convención en relación a las personas discapacitadas son el principio de respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad psíquica, a la libertad de tomar las propias decisiones y al derecho a participar plena y efectivamente en la vida social (art. 3), el reconocimiento de la capacidad jurídica de dichas personas en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso y apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la imposición a los Estados de proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona afectada, y siendo proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la personas, y revisables (art. 12). Esta perspectiva de las personas discapacitadas determina, según MARÍN CALERO, C.: *El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, p. 134, cambios de diseño en los recursos públicos y en las instituciones públicas. Pero estas personas conservan la dignidad y el reconocimiento de los derechos esenciales que corresponde a todas las personas. Véase DÍAZ ALABART, S.: “La dignidad de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho privado*, núm. 94, 2010, pp. 87-88.

determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

En la legislación específica de carácter estatal, se definen las situaciones de discapacidad y dependencia⁷.

Concretamente, la Ley 41/2003, señala, en el art. 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Y esta definición se produce con independencia de que tales personas discapacitadas puedan ser incapacitadas, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, pues esta definición de la discapacidad se realiza para poder beneficiarse de las posibilidades que ofrece la norma⁸. Por su parte, el Texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone en su art. 2, a) que la discapacidad “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Véase también art. 4, 1 y 2, del TR). Cabe señalar que en este ámbito se ha cuestionado la terminología utilizada para denominar a las personas que se encuentran en esta situación; ha sido habitual utilizar los términos discapacitados, inválidos, minusválidos para designar a tales personas, terminología que se ha utilizado en nuestros textos legales; la Convención de Nueva York, como se ha visto, utiliza el término personas con discapacidad, término que se ha incorporado a los recientes textos legislativos españoles en materia de discapacidad; sin embargo, en 2005 el Foro de Vida Independiente y Diversidad propuso la utilización de la expresión personas con diversidad funcional, pues dicha terminología ofrece una nueva visión de la situación de estas personas que no es negativa ya que no implica referencia al origen de dicha diversidad⁹.

De otro lado, para la Ley 39/2006, en su art. 2.2, la dependencia es “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones

- 7 En relación a las diferencias entre las figuras reseñadas, GARCÍA GARNICA, M.C.: “Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica”, en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II (dir. M^a.C. GETE ALONSO, coord. J. SOLÉ RESINA), Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 184, ha señalado que cuando se alude a la incapacitación se está teniendo en cuenta de manera fundamental la seguridad jurídica y la protección del tráfico jurídico; y cuando se hace referencia a la discapacidad y dependencia se apunta a la protección de los derechos fundamentales de la persona, a su dignidad y a la aplicación del principio fundamental de igualdad real de oportunidades.
- 8 Véase AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. SOFÍA DE SALAS MURILLO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010; y AA.VV.: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (coord. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, M. PEREÑA VICENTE), I, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2011; DÍAZ ALABART, S.: “Principios de protección jurídica del discapacitado”, *REGAP. Revista galega de administración pública*, núm. 38, 2004, pp. 15-32.
- 9 Sin embargo, MARÍN CALERO, C.: *El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, cit., pp. 58 y 57, que la Convención de Nueva York no sigue el modelo de la diversidad, sino que lo que pretende dicha Convención es integrar, incorporar, incluir, acoger y dar la bienvenida a las personas con discapacidad, en iguales condiciones que las demás, como otros miembros más de la sociedad.

derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". Dicha conceptualización se realiza también para determinar los sujetos a los que se aplica esta Ley, para el reconocimiento de los derechos que allí se citan (art. 4.2) y las prestaciones y servicios a los que pueden acceder (art. 4.1).

Como se observa, estas figuras, aunque interrelacionadas entre sí, son esencialmente distintas¹⁰.

Toda esta normativa y la nueva perspectiva que va introduciendo en nuestra sociedad y en nuestro sistema jurídico acerca de las personas vulnerables y de su integración y actuación en el seno de la sociedad, ha determinado una paulatina evolución en la interpretación de la regulación de la incapacitación, cuya última reforma se ha producido por virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha reforzado la protección a las personas discapacitadas¹¹.

En su Preámbulo se señala que para adaptarse a las normas que establece la Convención de Nueva York, se debe modificar la terminología empleada para designar a las personas incapacitadas "en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente" (apartado III, párf. 5^o)¹².

- 10 Señala DÍAZ PARDO, G.: "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores", *La Ley. Derecho de familia*, núm. 2, abril-junio 2014, p. 5, que estas tres figuras diferentes cubren aspectos jurídicos distintos, con una función tuitiva también diversa, de manera que la protección del discapacitado "tiene un acentuado carácter administrativo, con un aspecto más patrimonial que personal, y con la previsión de la concesión de una serie de ayudas para mitigar los efectos negativos que su enfermedad pudiera ocasionarle", y en el caso del dependiente, "también estamos en un ámbito de marcado carácter administrativo con ayudas fundamentalmente de carácter asistencial, con el objetivo de ayudar a que el día a día de ese enfermo y de su familia sea más llevadero y pueda llegar a normalizarse una situación que está inhabilitando a la persona a realizar actos de la vida cotidiana". En el mismo sentido, SAN PASTOR SEVILLA, Y.: "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, coord. M. PEREÑA VICENTE), *La Ley*, Madrid, 2011, p. 213.
- 11 Esta norma ha sido modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en relación al derecho de las personas con discapacidad para contraer matrimonio en igualdad de condiciones.
- 12 Dicha medida se ha aplicado en la propia Ley 15/2015 (así, en los arts. 61 ss. y 87 ss.), y en algunos artículos del Código civil, modificados por dicha Ley (por ejemplo, en materia de filiación, el art. 137, y en materia de contratos, el art. 1263.2^o). Sin embargo, esta modificación terminológica no se ha producido en todas las normas que regulan o se refieren a la incapacitación; así, no se ha modificado la terminología del CC precisamente en materia de incapacitación (arts. 199-201), en cuyo Título IX se sigue manteniendo la rúbrica "De la incapacitación"; incluso en materia de filiación, aún cuando se ha modificado algún precepto, se sigue manteniendo el término incapacitado en los arts. 121 y 125; curiosamente tampoco se ha reformado la terminología en las normas relativas al procedimiento de incapacitación (arts. 756 ss LEC). Dicha modificación en la terminología ha sido comentada por la doctrina manifestando opiniones diferentes; así, SERNA MEROÑO, E.: "El actual modelo de protección de las personas con discapacidad y sus exigencias legales", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 51, 2017, pp. 96-97, estima que el lenguaje utilizado en la actual legislación no siempre es el más adecuado y conlleva un importante efecto discriminatorio, pues el lenguaje no es neutro, y la utilización de las nuevas expresiones tendría que poner

Esta ley ha incorporado medidas que dan mayor amparo a las personas discapacitadas y a las personas con la capacidad modificada judicialmente. Así, se establece que en materia de tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria, se debe garantizar la intervención de tales personas en términos que le sean accesibles y comprensibles (arts. 17 y 18.2); que la audiencia de las personas con la capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencia de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal (art. 18); y se permite al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia tener en cuenta cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados (art. 19.2). En ella, además, se establece como principio prioritario que en los expedientes de jurisdicción voluntaria, en las comparecencias en juicio o para nombramiento de defensor judicial y en la protección de su patrimonio, prima el interés superior de la persona con capacidad judicialmente modificada (arts. 26 y 27)¹³.

A la vista de todo lo expuesto, hay que poner de relieve muy significativamente que tanto la discapacidad, la ancianidad, o la enfermedad, así como las situaciones de dependencia a que pueden dar lugar, no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacitación de las personas que se encuentran en dichas situaciones¹⁴. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar la imposibilidad de autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacitación.

de manifiesto el respeto a la autonomía individual y a la libertad de decidir de las personas afectadas; por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, The Global Law Collection, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 30-31, señala que la cuestión terminológica es importante, pero no es esencial, pues el cambio terminológico no resuelve por sí solo los problemas de discriminación, ni debe ser usado como una coartada que encubra la ausencia de medidas eficaces contra ella; el problema es de actitud de los terceros y de la sociedad ante una persona con discapacidad, concluyendo que es más importante realizar una labor de pedagogía social que lleve a modificar dicha percepción. De otra parte, LAFUENTE TORRALBA, A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", *REDUR*, 10 diciembre 2012, p. 125, señala que se debería abandonar la expresión proceso de incapacitación, sustituyéndola por "proceso de determinación de la capacidad", que vendría a reflejar con mayor nitidez la dimensión esencialmente graduable de la capacidad de obrar, sugiriendo, además, otros cambios terminológicos en dicho procedimiento (solicitud o petición por demanda, solicitante por demandante, beneficiario o afectado por demandado).

- 13 Véanse las medidas introducidas por la Ley en VIEIRA MORANTE, F.J.: "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, pp. 377-379, quien analiza estas diversas medidas, y también otras en relación a la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y a la realización de actos de disposición, gravamen y otros de la persona con la capacidad judicialmente modificada, en relación a los expedientes de jurisdicción voluntaria, en materia de familia y en relación a las peticiones de conciliación.
- 14 Así lo subraya también SAN PASTOR SEVILLA, Y.: "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma", cit., p. 212.

Por tanto, cabe señalar que nuestro ordenamiento configura la incapacidad no como una limitación de derechos de la persona¹⁵ sino como un sistema de protección de la misma cuando ésta es incapaz de proteger sus intereses¹⁶.

Esta idea ha sido subrayada por el Tribunal Constitucional, que ha tenido oportunidad de manifestarse en relación a la incapacidad de las personas en relación a la interpretación de las normas que regulan la modificación judicial de la capacidad de obrar de las personas, y respecto a la protección de los derechos de la persona incapacitada, como más adelante se verá. También el Tribunal supremo ha puesto de relieve esta idea señalando que una regulación específica de la situación jurídica del incapaz deber estar de acuerdo con los valores constitucionales, de modo que una medida de protección como la incapacidad, con independencia del nombre con el que se designe dicha situación, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona (STS 29 abril 2009, Pte. Encarna Roca Trías, FD 5.4º)¹⁷.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas sentencias, especialmente a partir de la fundamental resolución de 29 de abril de 2009¹⁸, ha ido incorporando los valores y principios establecidos en la Convención de Nueva York en la interpretación de las normas sobre modificación de capacidad

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

16 Prueba de ello es el sistema de garantías que rodea el proceso de incapacidad regulado en la LEC: interviene el presunto incapacitado con su propia defensa y representación, y si no es así, asumirá su defensa el Ministerio Fiscal; el Juez tiene el deber de examinar al presunto incapaz; es fundamental oír el dictamen de los facultativos (y no sólo oír a los parientes), y el Juez puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias. Y así lo han reconocido las Asociaciones y Fundaciones que tienen como objetivos la atención y el cuidado de personas que presentan deficiencias en el autogobierno de sí mismas, bien debido a su ancianidad, bien a enfermedades o a problemas de salud mental. Actualmente en España, entre los profesionales dedicados a estas personas preocupa la incidencia de la demencia en los mayores de 65 años, preocupación que se centra, por un lado, en procurar un sistema de protección efectivo para los mismos, y, por otro lado, en evitar la utilización de la incapacidad para defraudar los derechos de las personas mayores. En este sentido, en nuestra jurisprudencia se han rechazado muchas demandas de incapacidad de personas mayores porque los Tribunales han considerado que el hecho de ser mayores no significa que no tengan capacidad: entre ellas, SSAP Álava 15 julio 1993 (AC 1993, 1537), Alicante 22 febrero 1995 (AC 1995, 333), Burgos 4 marzo 1997 (AC 1997, 652) y STS 28 julio 1998 (Tol 5.156.894). Idea que ya he puesto de relieve en otro lugar; véase ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "La incapacidad en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 252-275.

17 STS 29 abril 2009, Pte. Encarna Roca Trías, Tol 1.514.778.

18 Véase comentario a esta sentencia en DE LA IGLESIA MONJE, M^ª.I.: "Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009, pp. 3149-3161; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^ª.C.: "La figura de la incapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia núm. 2822009 del TS, sala 1^ª, de 29 de abril", *La Ley. Derecho de familia*, núm. 2, 2014, *La Ley 1588/2014*; BOTELLO HERMOSA, P.: "La Ley Orgánica 12015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 620-623, aunque dicho autor considera que la STS 24 junio 2013, refleja mejor la idoneidad de la adaptación del art. 12 de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico.

de la persona o incapacitación¹⁹. En el caso que contempló dicha sentencia, el TS ha tenido la oportunidad de exponer las pautas de interpretación de las normas legales sobre la incapacitación y la tutela a la luz de la Constitución y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, subrayando que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección, y que para ello hay que leer conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE. En el caso se cuestionó si los arts. 199 y 200 CC son acordes con la Convención de Nueva York, señalando el TS que “en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad” (FD 5.4°).

En esta nueva regulación de la discapacidad, que incide en la normativa de la incapacitación, subyace, pues, la idea fundamental de protección de la persona que se encuentre en tales circunstancias y respeto a su autonomía y derechos tanto fundamentales como ordinarios. Por lo que parece que la regulación de la incapacitación ha pasado de basarse en el modelo-médico a apoyarse en el modelo-social²⁰.

Recogiendo estas ideas, se publicó la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, de 29 de noviembre de 2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, en la que se señala que “la aplicación de este modelo (modelo social de discapacidad) constituye un reto en el ámbito de la legalidad vigente, pues supone, no sólo la aproximación de los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide en la expresada regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en la figura tradicional de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Ahora se opta por una nueva herramienta que se sustenta en un sistema de apoyos, el cual se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar”, subrayando que a la hora de

19 Realizan una interpretación expresa de las normas de incapacitación en relación a la Convención de Nueva York, además de la citada, las SSTs 11 octubre 2012 (Tol 2.674.037), 24 junio 2013 (Tol 3.800.142), 30 junio 2014 (Tol 4.525.361), 1 de julio de 2014 (Tol 4.468.983), 11 octubre 2015 (Tol 6.388.487), 14 octubre 2015 (Tol 5.534.898), y 11 de octubre de 2017 (Tol 6.388.487), entre otras. Véase PEDRAZA LAYNEZ, J.: “La Convención de Nueva York sobre derechos de las Personas con Discapacidad y el Tribunal Supremo”, *La protección de las personas mayores apoyo familiar y prestaciones sociales: ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional “La Protección de las personas mayores” celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba (España)* (Dtor. Máximo Juan Pérez García), 2009.

20 La propia Convención reconoce en su Preámbulo la evolución del concepto de discapacidad, asumiendo en su regulación el modelo social e integrador. Véase acerca de dicho modelo PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

adoptar las medidas de apoyo de la persona afectada por la modificación de la capacidad hay que tener en cuenta las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada.

No obstante todo ello, algún sector de la doctrina ha cuestionado la regulación de nuestro derecho sobre la incapacitación después de la ratificación de la Convención en nuestro país, abriéndose un debate sobre la conveniencia de revisar dicha regulación para adecuarla a la Convención²¹.

Así, se ha señalado que no cabría defender la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues en la Convención se hace referencia sin más a la capacidad jurídica para referirse a la capacidad de actuar en derecho de la persona con discapacidad, pues su cualidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas está contemplada en el término personalidad jurídica, inherente a la persona y que forma parte de sus derechos humanos inalienables, estimando que la capacidad jurídica que menciona el art. 12 de la Convención abarca tanto la capacidad de goce como la de ejercicio²². Por otra parte, se ha puesto de relieve la incompatibilidad de buena parte de nuestro sistema con las reglas del Convenio, entre otras causas, porque se advierte que sería necesario establecer en vez de un sistema de sustitución de la voluntad del discapacitado, como se hace en nuestro derecho, un sistema de apoyo a la toma de decisiones del mismo, y que habría que tener en cuenta las preferencias de la persona con discapacidad, como así se establece en la Convención²³.

-
- 21 Véase, entre otros, AA.VV.: "2000-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España", *Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (dir. L. C. PÉREZ BUENO), CERMÍ, Ediciones Cinca, Madrid, 2012; BOTELLO HERMOSA, P.: "La Ley Orgánica 12015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", cit., pp. 634-637; DE ASIS ROIG, R.: "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad", *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 307 ss.; MARÍN CALERO, ob. cit., p. 30; PEREÑA VICENTE, M.: "La convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica", *La encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad, La Ley*, Madrid, pp. 195-208; PÉREZ BUENO, L.C.: "La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios", *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 324 ss.; y SERNA MEROÑO, E.: "El actual modelo", cit., p. 96.
- 22 GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España", *ADC*, 2013, pp. 69 y 72; MARÍN CALERO, C.: "La capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Siete años después, ¿qué se puede hacer?", *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 365 ss.
- 23 Así lo pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, cit., pp. 23-26. En parecido sentido, ESCALONA LARA, J.M³: "La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013", *Actualidad civil*, núm. 4, 2014, p. 466 ss. (La Ley 1353/2014, p. 4), y CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR*, núm. 10, diciembre 2012, pp. 61 ss.

Aunque también se ha señalado la compatibilidad de la regulación española con las reglas de la Convención, pues, entre otras razones, la distinción entre capacidad jurídica y de obrar sería reconducible perfectamente a las disposiciones de la Convención (a la capacidad jurídica se aludiría en el núm. 2 del art. 12, y a la capacidad de obrar, en el núm. 3 de dicho precepto); en nuestro sistema no existiría discriminación de las personas con discapacidad, pues el art. 200 CC contiene una formulación general que no se dirige exclusivamente a estas personas; además, en nuestro derecho se siguen manteniendo todos los derechos de la personalidad de dichas personas como cualquier otra persona, y, por último, las medidas de protección reconocidas en nuestro sistema jurídico son proporcionales a la situación del sujeto con capacidad modificada²⁴.

En realidad, la Convención no hace una distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, de la misma manera que tampoco la realiza explícitamente nuestro Código civil. Sin embargo, hay que señalar que la distinción no carece de utilidad, pues permite determinar a un sujeto como titular de derechos, aunque no los pueda ejercitar, disponiendo en estos casos apoyos para que el sujeto que no pueda por sí mismos ejercitarlos, sin embargo, no se vea impedido de obtener los beneficios derivados de su ejercicio, aunque sea a través de otro sujeto (piénsese en los recién nacidos, situación muy alejada de la discapacidad; es evidente la carencia de capacidad de obrar; si capacidad jurídica implica capacidad de obrar, carecería de posibilidad de obtener las ventajas de un ejercicio llevado a cabo por otro sujeto en su interés). Más bien, lo que parece derivarse de la Convención, es que las personas con discapacidad gozan de la misma capacidad de obrar que cualquier otra persona y que, por esa sola circunstancia, no se les puede privar de la misma. Por ello, y ya se ha puesto de relieve anteriormente, hay que distinguir discapacidad e incapacitación. La discapacidad por sí sola no comporta incapacitación. Una persona con discapacidad podrá ser incapacitada si carece de la posibilidad de autogobierno, como cualquier otro sujeto que careciera de esa posibilidad. Si bien es cierto que en algunas situaciones de discapacidad, la discapacidad mental o intelectual, la línea que distingue una y otra suele ser muy sutil²⁵.

II. REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN.

24 Así lo señala expresamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, cit., pp. 27 a 31; en el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11 ss.; MAYOR DEL HOYO, M^a.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 20.

25 Así lo pone de relieve MARÍN CALERO, en su extensa obra *El Derecho a la propia discapacidad*, ya citada.

La normativa sobre incapacitación ha sufrido varias reformas desde su primera regulación en el Código civil.

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

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

Sin embargo, dicha regulación volvió a reformarse por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁶, y, especialmente, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que derogó la mayor parte de la regulación contenida en el Código civil, transvasándola a la citada ley de carácter procesal²⁷.

Por lo que actualmente la regulación de la incapacitación se realiza fundamentalmente en dos textos legales: el Código civil (arts. 199 a 201, Libro I, Título IX, “De la incapacitación”) y la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 756 a 763, dentro del Libro IV, Título I, Capítulo II, “De los procesos sobre la capacidad de las personas”).

A ello hay que añadir que en el propio Código civil se realizan referencias a la incapacitación en otros preceptos del mismo (así, en materia de capacidad para contratar en el art. 1263.2º; en materia de capacidad para contraer matrimonio en el art. 56; en materia de capacidad para testar en los arts. 663 a 665).

Esta legislación se complementa con determinadas medidas que se prevén en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁸, a las que ya se han aludido.

26 Véase NADAL I OLLER, N.: *La incapacitación: comentarios al título IX del libro I del Código civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de octubre y Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999.

27 Transvase que ha sido criticado por un sector de la doctrina civilista española. Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 23ª ed., Ed. Marcial Pons., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017, p. 198.

28 Cabe destacar entre estas medidas, ya mencionadas anteriormente, las que se refieren a la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes

Además, hay que tener en cuenta también en esta materia la ya citada normativa internacional y nacional sobre discapacidad y dependencia.

III. CAUSAS QUE PERMITEN MODIFICAR LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.

Como señala el art. 199 CC sólo se puede modificar la capacidad de una persona por las causas señaladas en la ley.

Dichas causas vienen establecidas en el art. 200 CC, cuya terminología no ha sido modificada por la legislación reciente y que se sigue refiriendo a las causas de incapacitación; dicho precepto dispone: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Como se observa, el precepto no es muy preciso al indicar las causas de incapacitación, formulándolas de un modo general, pudiendo ser muy heterogéneas²⁹, aunque la jurisprudencia ha precisado la exigencia de las mismas para limitar la capacidad de obrar de la persona³⁰.

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

a) Por un lado, que se trate de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico³¹.

No define el CC lo que debe entenderse por enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, siendo más propia su definición de la ciencia médica³². Sin

y derechos de personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 61 a 66), y las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 87 a 89).

29 Algunos autores han criticado esta formulación tan general por imprecisa; no obstante, otros han señalado que aunque no parece muy adecuada la tipología utilizada en el precepto, sin embargo ello supone una ventaja al permitir adaptarse al caso concreto; en este sentido, entre otros, ROCA GUILLAMÓN, J.: “Comentario al art. 200 CC”, *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 633, y MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, ed. Fe d'Erratas, Madrid, 2013, p. 21.

30 Así, las citadas SSTs 29 abril 2009 y 1 julio 2014, las cuales señalan que para que funcionen los sistemas de protección para la persona incapaz se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad y de autogobierno.

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

32 Así, La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud como el “Estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad”; la enfermedad se define como la “Alteración estructural o funcional que afecta negativamente al estado de bienestar. Ello en relación con la enfermedad o deficiencia padecida”, y la deficiencia como “Toda pérdida o anomalía, permanente o temporal, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano o estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo”.

embargo, la jurisprudencia del TS ha definido la enfermedad en distintos ámbitos jurídicos (laboral, penal), y en relación a la incapacitación ha señalado que “en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, 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”³³.

Como enfermedades que imposibilitan habitualmente la autonomía de la persona se señalan por los expertos las enfermedades mentales (tales como la esquizofrenia, la paranoia, y la psicosis maniaco-depresiva)³⁴, y el alcoholismo y la toxicomanía en fases crónicas³⁵.

La existencia de dichas deficiencias o enfermedades la debe constatar un especialista médico, a través del correspondiente certificado que contiene el diagnóstico y características del padecimiento³⁶.

Además, señala el citado precepto que tales enfermedades y deficiencias deben ser de carácter persistente. Aunque el término persistente no es muy preciso³⁷, este último carácter es determinante de la incapacitación de la persona, pues una incapacidad transitoria no daría lugar a dicha posibilidad³⁸. Ello no significa que circunstancias que pueden durar un lapso de tiempo más o menos definido

33 En este sentido, la citada STS 31 diciembre 1991 (Tol I.726.78), que ha sido reiterada posteriormente por otras sentencias

34 Así, RAMÓN MONTÉS, J.: “Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación”, *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2014, p. 160, señala que “La situación típica en la que está indicada la incapacitación es aquella en la que, por causa de un trastorno mental grave y de larga evolución, se dan condiciones de discapacidad significativa y persistente y condiciones de vulnerabilidad social”, considerando que son situaciones que pueden actuar como factores de alarma: ser un enfermo mental grave con padres mayores y sin otro apoyo familiar; mal uso y riesgo de pérdida de recursos económicos y patrimoniales, ligado a su funcionamiento mental; situaciones de abuso por parte de terceros; riesgo de exclusión social debido a enfermedad mental tratable; persona mayor con deterioro o déficit cognitivo que requiere apoyo permanente, y enfermo crónico institucionalizado, sin posibilidades de inserción comunitaria.

35 Véase ALVENTOSA DEL RIO, J.: “Incapacitación y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, 38 (1), 2013, pp. 67-81.

36 Así lo precisa el fiscal SANTOS URBANEJA, F.: “Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad [Recurso electrónico]: II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007*, p. 143.

37 De este modo, la citada STS 29 abril 2009 señala que la falta de capacidad “debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia”.

38 En este sentido se manifiestan las SSTS 10 febrero 1986 (Tol 228.282) y 11 junio 2004 (Tol 449.274), entre otras. De hecho, para una persona que sufre una enfermedad que le impide gobernarse durante el tiempo que dura su permanencia en el hospital o en su casa no se solicita la incapacitación, ya que la Ley prevé también mecanismos concretos de protección legal del paciente en estos casos (así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 9), y legislación autonómica correspondiente).

no puedan dar lugar a una incapacitación durante el tiempo que pueda durar dicha causa (piénsese en el caso de las personas alcoholizadas o toxicómanas para las cuales se puede solicitar la incapacitación mientras dura el período de rehabilitación si se da la imposibilidad de autogobierno)³⁹. De otro lado, la persistencia de la enfermedad o deficiencia no significa que ésta sea definitiva.

b) Por otro lado, se requiere que tales circunstancias impidan a la persona gobernarse por sí misma⁴⁰.

No se define en el Código civil qué alcance tiene el autogobierno. La jurisprudencia señala que el autogobierno “es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que, si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada” (STS 1 julio 2014). Por su parte, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de 2013, aunque no se refiere expresamente al autogobierno, define un término cercano a él al señalar que “Vida independiente” es “la situación en la que la persona con discapacidad ejerce

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

40 En este sentido se pronuncia la STS 28 julio 1998 (Tol 132.072), entre otras. Por su parte, la SAP Barcelona 7 marzo 2008 (SAP B 2075, 2008), en un caso de incapacitación con antecedentes de alcoholismo crónico, señala que las enfermedades mentales constituyen “sin ningún género de duda, como muestra la praxis civil, las causas que de forma mas peculiar modifican la capacidad de ejercicio de los derechos, pues los que se encuentran en este estado están incapacitados para la realización de la casi totalidad de los actos jurídicos. Lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un ‘estado mental’ propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos: 1) Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico); 2) Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); y 3) Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o dicho con palabras del Código, que le impida gobernarse por sí mismo (criterio jurídico), si bien tal expresión, en principio ambigua y desorientadora, por su excesiva radicalidad, no debe interpretarse en sentido absoluto, pues bastará que la enfermedad o deficiencia de que se trate impliquen una restricción sustancial o grave de autogobierno de la persona a que respectivamente afecten, pues como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, no puede exigirse un estado deficitario del afectado mucho mas profundo o grave del que resulta de la propia literalidad del precepto mencionado”. La STS 27 noviembre 2014 (Tol 4561600) subraya la necesidad de este requisito al señalar que la enfermedad que padecía el declarado incapaz le impedía gobernarse por si mismo y había interferido ampliamente en su vida familiar, social y laboral, por lo que tal enfermedad afectaba a su capacidad de autogobierno de su persona y bienes.

el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad” (art. 2, h).

En el caso de la incapacitación, la imposibilidad de autogobierno significa que la capacidad natural de la persona para tomar decisiones sobre su vida se encuentra menoscabada por aquellas enfermedades o deficiencias, y, por tanto, no puede tomar con pleno conocimiento y libertad aquellas decisiones⁴¹. Esa imposibilidad de gobernarse hace referencia tanto a los aspectos personales como patrimoniales de la persona, o a ambos al mismo tiempo.

Y este segundo requisito es el verdaderamente determinante de la modificación judicial de la capacidad de obrar de una persona⁴².

Ahora bien, la existencia de una causa de incapacitación en una persona la determina el Juez en el procedimiento de incapacitación⁴³, y no un especialista sanitario (aunque su informe sea determinante), a la vista de las pruebas que se practiquen durante el mismo, y que consisten, entre otras, en el examen del presunto incapaz, en los testimonios de los parientes, y en los dictámenes periciales correspondientes.

Algunos autores estiman que, además del examen de las causas que se recogen en el art. 200, se deberían examinar también los motivos que han determinado la interposición de la demanda de incapacitación para comprobar si ésta se ha

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

42 Así lo subraya expresamente la citada STS 28 julio 1998.

43 Así lo estima la STS 20 noviembre 2002 (Tol 225.543). En la SAP Barcelona 17 febrero 2004 (Tol 483.369) se cuestionaba si existían causas de incapacitación. Se trataba de una mujer de 40 años, adicta al alcohol, casada con un marido maltratador, cuya madre solicitaba una incapacitación total. La Sala, sin embargo, declaró parcialmente incapaz a la demandada exclusivamente en el cuidado de su persona y en el aspecto relativo al tratamiento médico integral, pues entiende que, aunque la demandada conserve en abstracto las facultades mentales, se está ante un supuesto excepcional de falta de capacidad de autogobierno, subsumible perfectamente en el art. 200 CC, por lo que debe proporcionarse a la demandada una tutela que garantice en la esfera personal, donde se manifiesta únicamente su incapacidad, el tratamiento y las decisiones respecto al tratamiento de su enfermedad enólica, para garantizar su propia vida y la de posibles terceros, nombrando tutora a su madre. Y también la STS 14 octubre 2015 (JUR 2015, 248781), en donde se realiza una consideración acerca de las causas de incapacitación en relación a las previsiones establecidas en la Convención de Nueva York señalando que “la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta”.

presentado en interés y beneficio del presunto incapacitado⁴⁴, y no por otros motivos o intereses particulares de los demandantes.

Por último, cabe señalar que el régimen jurídico de la incapacitación se aplica de igual forma con independencia de la causa de incapacitación.

IV. PERSONAS A LAS QUE SE PUEDE MODIFICAR JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

Nuestro Código no hace especial mención a las personas a las que se puede modificar judicialmente la capacidad de obrar, excepto una referencia a los menores de edad⁴⁵.

De la legislación relativa al tema y de la jurisprudencia se puede concluir que pueden ser incapacitados tanto los mayores de edad como los menores, sean emancipados o no.

En relación a los menores no emancipados dispone el Código civil que podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC), dado que a los menores para suplir la falta de capacidad de obrar se les atribuye en el CC representación legal (arts. 162 y 222 CC)⁴⁶. Si se trata de un menor de edad, a tenor del art. 171 CC, la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquellos a la mayor edad. Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, se podrá rehabilitar la patria potestad, que será atribuida a quien le hubiera correspondido si el hijo fuere menor de edad⁴⁷. En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, y subsidiariamente, en las reglas del título relativo a las relaciones

44 Así SANTOS URBANEJA, F.: "Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil", cit., pp. 158 ss. La STS 29 abril 2009 señala que la incapacitación es un sistema de protección única y exclusivamente de la persona, y no de la familia.

45 Véase RUIZ JIMÉNEZ, J.: "La incapacitación de menores con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)* (coord. F. YÁÑEZ VIVERO, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ; C. LASARTE ÁLVAREZ -dir. Congr.-), UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 231-240.

46 Aunque en nuestro Código civil no exista una norma básica y general que reconozca la capacidad de obrar plena a los menores de edad, es necesario recordar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los menores de edad mayores de 12, 14 o 16 años la posibilidad de ejercer determinados derechos y de asumir concretas obligaciones, y que los menores pueden tener deficiencias físicas o psíquicas que determinen la pérdida de capacidad para decidir sobre sus propios intereses en aquellas materias en que la ley les atribuye capacidad de obrar.

47 Así se estableció en las SSAAPP Asturias 13 abril 2000 (AC 2000, 3801), Soria 12 marzo 1998 (AC 1998, 677), Jaén 4 marzo 1998 (AC 1998, 660), Barcelona 8 febrero 2002 (JUR 2002, 113594), Pontevedra 2 octubre 2014 (Tol 4554250), Soria 14 septiembre 2015 (Tol 5503238), entre otras muchas. En la SAP Albacete 21 septiembre 2015 (Tol 5504595), sin embargo, la madre, que ejercía la patria potestad prorrogada de su hija mayor de edad incapacitada, solicitó que se nombrará tutor al hermano de la incapacitada debido a la avanzada edad de la madre, a lo que la Audiencia accedió.

paterno-filiales. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere la limitación de la capacidad, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (art. 171.3° CC).

V. PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE MODIFICA JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

La regulación del procedimiento en que se declara la incapacidad se realiza fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 756 y ss), dentro de los procesos sobre la capacidad de las personas.

Se ha señalado que la reforma del procedimiento de incapacidad en teoría plasma una protección flexible, en constante evolución con la situación real de la persona incapacitada en cada momento y adecuado para la salvaguarda de los intereses de la misma⁴⁸.

Aunque hay que advertir que desde ciertos sectores profesionales y sociales se han realizado algunas críticas al régimen establecido en la LEC. Así se ha señalado que la regulación sobre dicho procedimiento tiene vacíos legales pues son muchas las cuestiones que se plantean en la práctica y al que el procedimiento no da respuesta; que las familias no ven el procedimiento de incapacidad como un mecanismo de garantía y protección para el incapacitado, constituyendo una complicación más que una solución; que el procedimiento se dilata mucho en el tiempo; que resulta incómodo para el incapacitado y los parientes del mismo los distintos desplazamientos a los Juzgados, y que resulta poco ágil para solucionar problemas urgentes, entre otras⁴⁹.

I. Competencia del Juez.

48 De tal manera, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacidad?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", *Revista de derecho privado*, núm. 90, 2006, p. 12, quien, sin embargo, a continuación señala que por una serie de circunstancias este procedimiento no ha logrado siempre su finalidad (pp. 12-16).

49 Cfr. CLAVIJO, B. (Coord.): *Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacidad*, Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado (recurso electrónico), Madrid, 2008; por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacidad?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", cit., pp. 17-34, señala que los principales inconvenientes de la incapacidad radican en motivos personales y familiares de la persona incapacitada, en la descoordinación entre las diversas instituciones que en su funcionamiento puedan conocer de la falta de capacidad del sujeto, en el funcionamiento de la administración de justicia por carencia de medios y de tiempo para atender adecuadamente sus funciones en el proceso de incapacidad, en la falta de unidad de criterio de los tribunales en cuanto a la aplicación de las reglas de la incapacidad, y en los inconvenientes prácticos al aplicar las medidas tutelares establecidas en la incapacidad, entre otros. Asimismo, ESCALONA LARA, J. M.: "La incapacidad parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013", cit., pp. 3-4, considera que el procedimiento de incapacidad "no es el modo más adecuado para proteger en la actualidad a las personas discapacitadas, con padecimientos que abarcan desde pequeños trastornos permanentes de la personalidad hasta enfermedades neurodegenerativas, pasando por individuos con síndrome de down o asperger".

El art. 756 LEC establece que será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite⁵⁰. Si el sujeto no tuviera un domicilio fijo, la doctrina entiende que a efectos de establecer dicha competencia será el lugar en el que se encuentre dicho sujeto⁵¹.

2. Establecimiento de medidas cautelares.

Dispone el art. 762.1 LEC que el tribunal competente, cuando tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá adoptar de oficio las medidas que considere necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación⁵².

Asimismo, podrá el Ministerio Fiscal solicitar del tribunal la inmediata adopción de dichas medidas (art. 762.2 LEC).

Se prevé, además, que dichas medidas se puedan adoptar, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

Como regla general, dichas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas (art. 762.3 LEC).

No se establece en el precepto qué tipo de medidas deben adoptarse, pero siempre serán aquellas tendentes a proteger la persona o el patrimonio del presunto incapaz, teniendo en cuenta el interés del mismo, y, por tanto, pueden ser de muy variada índole⁵³.

3. Legitimación activa y pasiva en el procedimiento de incapacitación.

50 MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 31, precisa que si la persona se encuentra internada en un centro psiquiátrico será necesario determinar si el internamiento es temporal si ese es o no su residencia habitual a los efectos de la competencia judicial. Pone de relieve los problemas que surgen en la atribución de esta competencia territorial, LAFUENTE TORRALBA, A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., pp. 127-129.

51 Así lo estima MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit.

52 Opina MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., pp. 40-41, que "medidas cautelares" se han de considerar *stricto sensu* sólo las del apartado primero del precepto citado, ya que las demás se adoptan dentro del procedimiento, siendo perfectamente diferenciables.

53 ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LECiv", *Aranzadi civil-mercantil*, 2000 (21), p. 5, señala, entre otras, el aseguramiento de la prestación de alimentos (en base al art. 158 CC), embargo preventivo de bienes, intervención o administración judicial de bienes productivos, depósito de cosa mueble, formación de inventario, anotación preventiva de la demanda, otras anotaciones registrales (en base al art. 727 LEC), nombramiento de guarda provisional del presunto incapaz o internamiento inmediato del mismo. Véase acerca de los problemas que suscita el establecimiento de estas medidas, GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004, pp. 193-200.

La declaración de incapacitación puede promoverla el presunto incapaz, si es mayor de edad⁵⁴, el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable (pareja de hecho)⁵⁵, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz (art. 757.I LEC)⁵⁶. Parece que el legislador está circunscribiendo el círculo de personas que pueden incoar el procedimiento fundamentalmente al ámbito familiar⁵⁷. Por otra parte, hay que señalar que no se establece en el precepto orden de preferencia para instar el procedimiento, por lo que se deduce que cualquiera de las personas mencionadas puede promoverlo.

Si tales personas no la promoviesen, podrá hacerlo el Ministerio Fiscal (art. 757.2 LEC).

Pero no podrán solicitarla otras personas no señaladas en la ley⁵⁸. Ahora bien, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación⁵⁹.

-
- 54 Esta posibilidad fue una novedad introducida por la Ley 41/2003, que modificó el art. 757 LEC y que ha posibilitado al propio sujeto prever su propia incapacitación; véase por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", cit., pp. 52-54. Sin embargo, se ha puesto de relieve por LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., p. 130, que es poco frecuente en la práctica que se produzca una demanda de incapacitación por el propio sujeto. De otro lado, se ha señalado por DÍAZ PARDO, G.: "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores", cit., p. 8, que el propio sujeto podrá pedir su propia incapacitación cuando la enfermedad ya esté diagnosticada y que el sujeto se vea afectado por ella, y no antes.
- 55 Se ha planteado en la doctrina la duda de si el cónyuge separado tiene legitimación para instar el procedimiento de incapacitación; la doctrina ha mantenido postura diversas; véase al respecto, entre otros, GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P.: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o síquicas*, Madrid, Colex, 1999, que se manifiesta a favor, y LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., p. 131, en contra, quien además cuestiona que la persona que se halle en una situación de hecho asimilable al matrimonio también posea legitimación activa, dada la inconcreción de dicha situación (p. 132).
- 56 LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., p. 130, critica la enumeración realizada en el precepto por considerarla alejada de la realidad, pues se producen mas solicitudes de incapacitación por el Ministerio Fiscal, a demanda de parientes, que, por los propios parientes, y es casi nula la existencia de solicitudes realizadas por autoridades y funcionarios públicos.
- 57 ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LECiv", cit., p. 2, y MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 37, señalan que esta posibilidad se realiza en aras de la salvaguarda de la libertad personal y de la privacidad del presunto incapaz.
- 58 Así, la STS 7 julio 2004 (Tol 483369) desestimó la demanda de incapacitación por falta de legitimación activa de la demandante (sobrina de la declarada incapacitada), sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa de incapacitación. Se plantea las consecuencias de la falta de legitimación LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., pp. 135-136, quien justifica la necesidad de una reforma del art. 757 LEC que regule el control preliminar de la falta de legitimación activa, posibilitando su apreciación en el trámite de admisión de la demanda.
- 59 GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", cit., p. 189, estima que se trata de una facultad genérica de cualquier ciudadano, que se convierte en deber específico en el caso de ciertas autoridades y funcionarios, en relación con el art. 762.I LEC.

De otro lado, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757.3 LEC)⁶⁰.

Pero ello no significa que el Ministerio Fiscal deba interponer automáticamente la demanda de declaración de incapacitación de aquella persona, sino que previamente debe proceder al análisis de las circunstancias que rodean el caso y ver si existen los requisitos que exige la incapacitación (cfr. art. 762.I LEC, que señala que podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente”).

Sin embargo, existe alguna opinión que defiende la idea de que la lista de personas legitimadas se haga extensible a otros sujetos no previstos en la norma⁶¹. No obstante, hay que recordar que cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible situación de incapacidad, quien debe investigar dicha situación para corroborar la necesidad de iniciar el procedimiento correspondiente. Ello implica establecer una barrera a solicitudes inapropiadas que igualmente podrían producirse en los sectores a los que se alude como posibles candidatos a tener legitimación activa. Ampliar el abanico de dicha legitimación conllevaría ampliar la multiplicación de demandas inadecuadas.

No obstante, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC). Por lo que parece que se excluya la posibilidad de que pueda promover dicho procedimiento el Ministerio Fiscal⁶².

En cuanto a la legitimación pasiva, no se hace referencia a la misma en la LEC, aunque doctrina y jurisprudencia señalan que la ostenta el presunto incapaz, a no ser que éste sea el propio promotor del proceso, negándose por el TS que puedan ser sujetos pasivos los parientes del presunto incapaz⁶³.

El presunto incapaz 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. Si el promotor del proceso hubiera sido el Ministerio Fiscal, las funciones de representación y defensa las

60 Señala DÍAZ PARDO, G.: “La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores”, cit., p. 7, que parece existir una diferencia entre estos sujetos y los familiares del presunto incapaz, en cuanto se impone a aquellos la obligación de promover el procedimiento y a éstos no, aunque la autora estima, por relación con los preceptos de la tutela, que los parientes también están obligados a promoverlo, siendo concurrentes ambas obligaciones.

61 LAFUENTE TORRALBA A.J.: “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, cit., pp. 133-134 sugiere la ampliación de dichos legitimados a asociaciones sin ánimo de lucro dedicadas a la atención de personas discapacitadas, Servicios sociales de los Ayuntamientos y al guardador de hecho.

62 En este sentido, ÁLVAREZ LATA, N.: “El proceso de incapacitación en la nueva LEciv”, cit., p. 2.

63 Así lo estima MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 38, y la STS 30 diciembre 1995 (RAJ 1995, 9664), que señala que el único sujeto pasivo o demandado es la persona a la que se trata de incapacitar.

realizara el defensor judicial si lo tuviere, y, en otro caso, el Secretario judicial le designará un defensor judicial a tal fin (art. 758 LEC).

Por último, hay que destacar que el objeto en este tipo de procesos es indisponible para las partes, por lo que no tienen efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción (art. 751 LEC)⁶⁴.

4. Intervención del Ministerio Fiscal.

En estos procedimientos, la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada por su posición de garante de los derechos de los incapaces y como institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa (art. 749.I LEC)⁶⁵.

Su actuación debe estar regida por los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad y del interés público. Y en el procedimiento de incapacitación debe actuar en defensa y, en su caso, representación del incapacitado, siendo siempre parte en el proceso (art. 749.I LEC).

5. Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.

En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en la LEC (art. 752), se establecen unas especialidades en el art. 759. Dispone dicho precepto que el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, de manera que nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal (art. 759.I in fine LEC)⁶⁶.

Esta disposición refleja el carácter garantista que tiene la regulación de la incapacitación en nuestro derecho. Así, la doctrina y la jurisprudencia considera el cumplimiento de estos trámites una cuestión de orden público, cuya ausencia puede viciar la sentencia final, de manera que tienen carácter preceptivo y no facultativo⁶⁷. En este sentido se ha manifestado el TC señalando que la omisión

64 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^a.: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 40.

65 CALPARSORO DAMIÁN, J.: "La actuación del ministerio fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", cit., pp. 52-54.

66 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Incapacitación. Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal del presunto incapaz; limitación de la incapacitación a las actuaciones procesales por querulancia; sometimiento a curatela", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 56, 2001, pp. 821-832.

67 En este sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", cit., p. 191;

de dichos trámites, en cuanto pueden menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE (STC 174/2002, 9 octubre, Tol 258.535). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo subrayando que la inobservancia de tales trámites, en cuanto es una cuestión de orden público y trascendencia constitucional, puede ser apreciada *ex officio*⁶⁸.

En cuanto a la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, se pretende con ello que el Juez obtenga la mayor información posible del perfil y comportamiento personal, familiar y social del mismo⁶⁹. Como se observa, el precepto no indica quiénes son los parientes que deben ser oídos. La doctrina considera que son tales parientes aquellos a los que la ley reconoce legitimación activa para promover el proceso, aunque, como el precepto no puntualiza quiénes son estos parientes, se estima que el Juez posee cierta discrecionalidad para oír a los parientes que considere más oportunos⁷⁰, dejando por tanto dicha elección al arbitrio del juez, atendiendo al caso concreto. Sin embargo, se ha señalado que el resultado de esta audiencia no es vinculante para el Juez⁷¹.

En relación al examen del presunto incapaz que debe realizar el Juez, no establece la LEC forma alguna para llevarlo a cabo, exigiendo que sea realizado por el propio Juez o tribunal encargado de dictar sentencia, que puede apreciar el estado del sujeto, con independencia de las declaraciones vertidas por el demandante u otras personas implicadas⁷². La jurisprudencia ha puesto de relieve el valor sustancial de este trámite, y su alcance constitucional en cuanto afecta al libre desarrollo de la personalidad y al derecho fundamental a la libertad, de tal manera que si no se cumple dicho trámite, el fallo quedaría viciado de nulidad⁷³.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., pp. 42-43, quien señala que la omisión de alguno de estos trámites es causa de nulidad del procedimiento que puede ser apreciada incluso de oficio.

68 Entre otras, STS 20 marzo 1991 (Tol. 1.728.239), 24 mayo 1991 (TOLI.726.963), 30 diciembre 1995 (Tol 1.667.719), 4 marzo 2000 (Tol. 1.471).

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

70 GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", cit., p. 191, quien puntualiza que deben ser llamados los parientes que convivan con el presunto incapaz; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., pp. 44-45, se plantea la cuestión de si deben ser oídos también los parientes que hayan promovido la declaración de incapacitación, aunque señala que con la formulación de la demanda ya está dando explícitamente a conocer cuál es su criterio acerca de la situación del presunto incapaz.

71 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 45.

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

73 En este sentido, entre otras, STS 10 febrero 1986 (Tol 1.734.472), 20 febrero 1989 (Tol 228.283), 9 junio 1997 (Tol 5.156.4969), que insisten en que no se puede declarar la incapacitación de una persona sin haber examinado personalmente al presunto incapaz.

Por su parte, los dictámenes periciales constituyen una prueba preceptiva en el proceso de incapacitación, sin la cual se puede impugnar la sentencia pronunciada. No se señala en el precepto qué tipo de dictámenes se deben requerir ni a qué profesionales se deben solicitar, sino que se deja al arbitrio del Juez la elección de los mismos, según el caso de que se trate. Aunque se establece como absolutamente necesario el dictamen pericial médico, que sea acordado por el tribunal⁷⁴. Aunque se ha de destacar que dichos dictámenes no tienen fuerza vinculante para el Juez⁷⁵.

Si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno (art. 759.2 LEC)⁷⁶, de manera que la inobservancia de estos trámites puede ser apreciada de oficio⁷⁷.

6. Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.

Como se ha señalado anteriormente, será el Juez quien declare la incapacitación, o no, de una persona mediante sentencia (art. 199 CC).

Dicha sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación (art. 760.I LEC).

En el mismo precepto se prevé también que en el mismo procedimiento se establezca el régimen de salvaguarda que ha de constituirse como medida de protección: tutela o curatela a que haya de quedar sometido el incapacitado⁷⁸. Asimismo, se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 (art. 760.I LEC).

74 Estima ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LEciv", cit., p. 4, que dicho requisito no se debe entender cumplido con el que hayan podido aportar las partes en sus escritos.

75 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 49.

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

77 En este sentido, las SSTs de 20 febrero y 12 junio 1989 (Tol 228.283, Tol 1,723.590), 20 marzo y 24 mayo 1991 (Tol 1.728.239, Tol. 1.726.963), 30 diciembre 1995 (Tol. 1.667.719) y 4 marzo 2000 (Tol. 1.471).

78 La doctrina señala que, además de estas figuras de protección, existen en nuestro sistema jurídico otras figuras encaminadas a proteger a las personas discapacitadas o en situación de dependencia, como son el patrimonio protegido, la autotutela y el poder preventivo y la guarda de hecho; véase SERNA MEROÑO, E.: *El actual modelo*", cit., pp. 92-95; LECIÑENA IBARRA, A.: "Alternativa a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo", en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Dicha incapacitación produce efecto desde su firmeza, no desde el momento en que se produjo la circunstancia que dio lugar a la causa de incapacitación⁷⁹.

Debido a que la sentencia en donde se instituye la incapacitación no tiene fuerza de cosa juzgada, la modificación de la capacidad establecida en dicha sentencia es revisable, de modo que puede variar la situación de incapacitación en la que se encuentra la persona determinada por dicha sentencia, como se verá más adelante.

Por último, cabe señalar que, según el art. 755 LEC, la sentencia de incapacitación se debe inscribir en el Registro civil (art. 4.10º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)⁸⁰, acordada por el Secretario judicial, aunque se establece, que a petición de parte, se puede comunicar también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan.

VI. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

Como se acaba de indicar, el alcance y el contenido de la modificación de la capacidad de obrar de la persona incapacitada viene determinado en la sentencia dictada por el Juez (art. 760.I LEC), en la que puede señalar la extensión y los límites de la incapacitación⁸¹, el régimen de tutela o curatela a que debe quedar sometido el incapacitado, o el posible internamiento del mismo.

Dicho contenido depende de la situación y circunstancias concretas en que se halle el incapacitado, y queda al arbitrio judicial. En este sentido, la jurisprudencia del TS ha señalado que la incapacitación “no es algo rígido, sino flexible en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas” (STS

79 Así, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 52, quien estima que la sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo produciéndose efectos *ex nunc*, desde el momento de su firmeza, no pudiendo tener efectos retroactivos; en igual sentido, en base al art. 199 CC, que señala que la incapacitación solo puede ser declarada por sentencia judicial, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 199 CC”, *Comentarios al Código civil* (coord. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 337 ss.

80 Complementa esta norma el art. 72.I de la LRC que establece: “La declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado.- La inscripción de la modificación judicial de la capacidad expresará la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial”.

81 Señala LAFUENTE TORRALBA A.J.: “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, cit., pp. 139-140, que la expresión utilizada en el precepto es muy amplia, dejando al arbitrio judicial la concreción de los actos que puede o no realizar el incapacitado, y que, en ocasiones, esta determinación es muy ambigua y confusa.

1 julio 2014)⁸². Lo que es reflejo de los principios establecidos en la Convención de Nueva York, en la que se dispone que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 12.4). En base a estos principios establecidos en la Convención, hay una tendencia en la doctrina, y en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, de que en la sentencia que modifique la capacidad de la persona, dicha modificación se realice de forma restrictiva, preservando al máximo su autonomía y su toma de decisiones, y posibilitando apoyo o supervisión de otras personas en la realización de aquellos actos para los que sea necesario tal apoyo⁸³.

I. Extensión y límites de la modificación judicial de la capacidad. Constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.

La modificación de la capacidad de obrar es graduable ya que el Juez en la sentencia, a la vista de las circunstancias de la persona, puede establecer una limitación mayor o menor de la capacidad de obrar, pudiendo decretar incluso el internamiento del incapacitado, si lo considera oportuno.

Sin embargo, la persona a la que se le ha modificado la capacidad de obrar, cualquiera que sea la extensión de dicha modificación, mantiene intacta su personalidad y capacidad jurídica y la titularidad sobre los derechos fundamentales⁸⁴.

Dado que es el Juez el que fija la extensión de la incapacitación, en la jurisprudencia de nuestros tribunales se constata que hay casos en los que el tribunal ha decretado una incapacitación amplia de la persona (otrora denominada

82 En dicha sentencia, el propio TS afirma que la incapacitación "Debe ser un traje a medida", por lo que "es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda". En el mismo sentido se pronunciaron las SSTS 29 abril 2009 y de 24 de junio de 2013.

83 En este sentido, entre otros, SERNA MEROÑO, E.: El actual modelo", cit., p. 97; BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas", *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 2, 2014, *La Ley 1578/2014*, p. 2, quien señala que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado, y la necesidad de adaptación al caso concreto; y DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I.: "El curador del mayor: un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad", *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 447, quien estima que la extensión de la medida de protección, los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de protección que se constituya "deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias", de acuerdo a lo que se establece en la Convención de Naciones Unidas.

84 Así lo afirman, entre otras, las SSTS 29 abril 2009, 1 julio 204 y 11 octubre 2017 (Tol 6.388.487), señalando que, sin embargo, la incapacitación sí que determina la forma de ejercicio de estos derechos.

incapacitación total)⁸⁵, otros en los que ha establecido una incapacitación parcial⁸⁶, señalando una serie de actos y/o negocios jurídicos que el incapacitado no puede realizar⁸⁷, y, en ocasiones, ha llegado a modificar el alcance de la incapacitación solicitada por los propios peticionarios⁸⁸.

Ahora bien, el Juez en la sentencia puede precisar o no los actos que el incapacitado puede o no realizar. Si no realiza esta precisión puede plantearse la duda de cuáles serían los actos que el incapacitado podría realizar o no, señalándose que habría que estar al régimen de guarda a que se someta a la persona incapacitada⁸⁹.

Podría parecer obvio que, si el Juez establece la privación de la capacidad de obrar sin señalar excepciones, el incapacitado no podría realizar actos jurídicos válidos. Sin embargo, no es ésta la línea establecida por la Convención de Nueva York que estima que la limitación de la capacidad de una persona debe ser lo menos restrictiva posible.

En nuestro Derecho, hay que tener en cuenta que en el Código civil hay preceptos que parecen permitir al incapacitado la realización de determinados

85 Establecen la incapacidad total, entre otras, las SSTS 16 septiembre 1999 (Tol 2.320), 29 abril 2009 (Tol 1.514.778), 17 julio 2012 (Tol 2.635.528), así como las SSAAPP Baleares 7 mayo 2004 (Tol 447802), en la que apreció incapacidad total pues consideró que la presunta incapaz padecía un trastorno de personalidad por abuso de drogas, que requería control, peligrando incluso su integridad física, y Barcelona 27 julio 2006 (Tol 1037899), por considerar que el incapacitado no podía gobernarse por sí mismo en absoluto.

86 Dictaminan la incapacidad parcial, entre otras, las SSAAPP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002, 18222) y 17 febrero 2004 (SAP B 1921, 2004), y Álava 23 junio 2005 (Tol 702.955), en la que la Sala estima que, teniendo la demandada, consumidora de drogas, capacidad para regir su persona, no procede declarar su incapacidad total, debiendo declararse únicamente su incapacidad parcial y sometimiento a curatela, pues únicamente tiene problemas para controlar el dinero y llevar una vida organizada, lo que puede corregirse por medio de una curatela correctamente ejercida; y STS 13 mayo 2015 (Tol 5000594), en la que el tribunal no admitió una incapacitación total porque “no consta que el deterioro cognitivo del presunto incapaz sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona” (Véase comentario a esta sentencia GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Sentencia 13 mayo 2015. Proceso de modificación de la capacidad. Principio de proporcionalidad y principio de autonomía”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 111-129).

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

88 En este sentido, en las SSTS 16 marzo 2001 (Tol. 26.965), 30 junio 2014 (Tol 4525361) y 20 octubre 2014 (Tol. 4530349), el propio Tribunal sustituyó una incapacitación total por una incapacitación parcial; en la SAP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002, 18222), en el caso de un joven de 23 años drogodependiente en tratamiento de rehabilitación con metadona (aunque seguía consumiendo), cuyo padre solicitaba la incapacitación total, la rehabilitación de la patria potestad y el internamiento en un centro para curarse, atendiendo la Audiencia, por un lado, al Ministerio Fiscal, que se oponía por considerar que el joven no estaba afectado de una enfermedad síquica o neurológica que produjeran un deterioramiento cognitivo de tal magnitud que no pudiera autogobernarse, por otro lado, al propio drogodependiente, que entendía no se daban causas de incapacitación, y, por último, a los informes tanto del médico forense como la pericial psiquiátrica, que estimaban que no padecía enfermedad de suficiente entidad que le impedía gobernarse por sí mismo, la Sala estimó que cabía situar a dicha persona en una incapacidad parcial en orden al gobierno de su propia persona, nombrándole un representante legal para que le ayude en el tratamiento comenzado y en el gobierno de su propio patrimonio, puesto que consideraba que todavía existía una posibilidad de disposiciones inadecuadas para aprovisionarse de sustancias tóxicas, prorrogando la patria potestad del padre.

89 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 33.

actos, y que, por el contrario, en otros casos, existen normas que parecen establecer la prohibición de realizar actos concretos (así, la celebración de contratos en el art. 1263.2º; o el otorgamiento de testamentos en el art. 663.2º).

Ante la dispersión del CC en esta concreta cuestión, hay que referirse a la regla general que establece las funciones del representante legal del incapacitado en el art. 267 CC, que dispone que quedan excluidos de la representación legal de éste “aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”⁹⁰.

En nuestra legislación existen una serie de actos o derechos que sólo puede realizar o ejercitar la propia persona a la que afectan. Dichos actos o derechos son aquellos de carácter personalísimo. Entre ellos, cabe citar el ejercicio de los derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales (así se reconoce en la STS I julio 2014), la posibilidad de contraer matrimonio, la interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y el otorgamiento de testamento, entre otros. Estos derechos y actos sólo los puede ejercitar o realizar la propia persona, excluyéndose la posibilidad de que los ejecute su representante legal⁹¹. De manera que, si la sentencia dictamina la imposibilidad de la persona para poder ejercitarlos o realizarlos, tales actos o derechos se quedarán sin ser realizados o ejercitados.

Sin embargo, la doctrina estima que una interpretación estricta del citado art. 267 daría lugar a que el incapacitado se viera privado de tales derechos por no poderlos ejercitar, y que, por lo tanto, debe permitirse el ejercicio de las facultades y las acciones necesarias para defender la persona del incapacitado, cuando las circunstancias concretas así lo requieran⁹². En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia que ha entendido que determinados actos de carácter personalísimo los pueden realizar los tutores en nombre del incapacitado pues, en caso contrario, se produciría una conculcación de los derechos del mismo.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la realización de actos de carácter personalísimo en algunas materias concretas.

En particular, en el ámbito del matrimonio, el TC ha tenido la oportunidad de manifestarse protegiendo los derechos de las personas incapacitadas. Concretamente, en materia de legitimación para interponer la demanda de divorcio. La STC 311/2000, 18 diciembre consideró permisible que la tutora de

90 Hay que recordar que estas limitaciones se establecen de modo similar para la representación legal de los menores de edad en el art. 162.2º CC.

91 Sin embargo, en otras normas de nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de que actos que afectan a la esfera personal de un sujeto puedan ser realizados por el representante legal.

92 En este sentido se manifiesta VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Los actos personalísimos del incapacitado”, *Noticias jurídicas*, (junio 2002).

una mujer incapacitada (su madre) pudiera interponer una acción de divorcio ya que, en caso contrario, señala el Tribunal, se produce una negación rigurosa y desproporcionada de la tutela judicial efectiva, y una conculcación del principio de igualdad entre los cónyuges, en defensa de sus intereses patrimoniales y personales⁹³. En el mismo sentido se pronunció posteriormente también la STS 21 septiembre 2011⁹⁴, aunque puntualizó que se exigía autorización judicial para poder interponer cualquier tipo de acción⁹⁵.

En la misma línea, el TS se ha pronunciado en defensa del derecho a contraer matrimonio las personas incapacitadas. Así, la STS 15 marzo 2018⁹⁶ estimó válido el matrimonio contraído en China (el 15 de enero de 2010) por un español, incapacitado y sometido a tutela por padecer alzhéimer (el 14 de junio de 2010), habiendo sido presentada demanda de modificación de la capacidad de obrar un año antes de la celebración de dicho matrimonio; el Tribunal consideró válido el matrimonio al entender “que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*”⁹⁷. En este sentido, pues, y siguiendo los principios asentados en la Convención de Nueva York, recogidos en la citada Ley 4/2017, parece que el derecho a contraer matrimonio no debería entenderse suprimido de modo automático en la sentencia que declara la incapacitación, si nada se dice al respecto en la misma, a menos que se hubiera constatado la falta de capacidad en el expediente matrimonial en virtud de lo establecido en el art. 56 CC, norma que prevé en nuestro sistema matrimonial la valoración de la idoneidad para contraer matrimonio cuando alguno de los contrayentes presente condiciones de salud que hagan dudar de su aptitud para prestar un consentimiento válido⁹⁸.

93 STC 311/2000, 18 diciembre (Tol 81.734).

94 STS 21 septiembre 2011 (Tol 2.248.621).

95 Véase NUÑEZ NUÑEZ, M., “Diversos intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio po los tutores”, *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 2, 2014 (Ejemplar dedicado a: rotación jurídica de personas vulnerables), pp. 85-91.

96 STS 15 marzo 2018 (Tol 6.544.108).

97 El TS fundamentó su decisión en el derecho a contraer matrimonio como un derecho humano reconocido en el art. 16 de la DUDH y en el art. 23 del Pacto internacional; en el art. 23.1, a), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se insta a los Estados a poner fin a la discriminación de las personas discapacitadas en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y en el art. 56 CC que prevé el control de la capacidad de los contrayentes a la hora de emitir un consentimiento válido para la celebración del matrimonio. Otras SSTs, las citadas 9 febrero 2009 y 24 junio 2013, ratifican la capacidad de una persona incapacitada para contraer matrimonio.

98 El actual art. 56.2º CC dispone: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y

En el ámbito sucesorio, se ha planteado la cuestión de la idoneidad del incapacitado para otorgar testamento⁹⁹; especialmente se ha cuestionado la doctrina si la persona con la capacidad modificada judicialmente estuviese sometido a una incapacitación total o plena, dicha incapacitación le impediría realizar testamento cuando la sentencia no se pronuncia expresamente sobre este punto. La cuestión parece que se ha de responder teniendo en cuenta las recomendaciones de la Convención de Nueva York que establecen el respeto a la autonomía de la persona discapacitada, y los preceptos de nuestro Código civil, arts. 663.2° y 665. El art. 663.2° prohíbe realizar testamento a “aquel que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”; nótese que la norma no se refiere expresa y únicamente a personas incapacitadas sino a personas que no tengan capacidad idónea para prestar un consentimiento válido. Por su parte, el art. 665 es una norma que aborda explícitamente el supuesto examinado, disponiendo: “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”¹⁰⁰. Atendiendo a estos preceptos parece que nada impide que la persona con capacidad modificada realice testamento, toda vez que se trata de un acto personalísimo, pero siempre que en el momento de otorgarlo tenga capacidad de juicio suficiente y clara voluntad de entender y querer las consecuencias del acto realizado¹⁰¹. Nuestros tribunales también han tenido ocasión de pronunciarse acerca de la idoneidad de la persona incapacitada para poder otorgar testamento válido. En este sentido, la STS 15 marzo 2018¹⁰² ha confirmado la validez de un testamento otorgado por una persona, que había sido incapacitada y sujeta a curatela por sufrir un retraso mental que, si bien le permitía desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacitaba totalmente para cuestiones de mayor complejidad. Concretamente, se le había impuesto la intervención del curador para realizar “actos de disposición” sobre su patrimonio y no, en cambio, para los

sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”, y en consonancia con ello se redacta el art. 58 CC (redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

- 99 Al respecto, GÓMEZ LAPLAZA, M^o.C., DÍAZ ALABART, S.: “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M^o.P. GARCÍA RUBIO, coordra. M. HERRERO OVIEDO), La Ley, Madrid, 2014, p. 533, distinguen dos situaciones según la sentencia se haya pronunciado o no sobre la capacidad testamentaria del incapacitado, y pronunciándose, si dicho pronunciamiento es favorable o no a la citada capacidad.
- 100 GÓMEZ LAPLAZA, M^o.C., DÍAZ ALABART, S.: “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, cit., p. 533, comentan que dicho precepto tiene una redacción poco afortunada.
- 101 La misma opinión mantienen ESPINERA SOTO, I.: “¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *Revista de Derecho civil*, Vol. II, núm. 2, abril-junio 2015, pp. 285-287, y GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, ob. cit., pp. 533-534, señalando que el testamento a que se refiere este precepto debe ser el abierto notarial, no pudiendo aplicarse al testamento cerrado puesto que en este caso el Notario no puede certificar la capacidad de la persona cuando redactó las disposiciones testamentarias, ni tampoco puede aplicarse al testamento ológrafo por la misma razón.
- 102 STS 15 marzo 2018 (Tol 6.548.076).

de mera "administración". Con posterioridad, esta persona otorgó testamento, para cuyo otorgamiento y dada la limitación de capacidad sufrida, el Notario requirió la presencia de dos facultativos que constataron que dicha persona tenía la capacidad necesaria para testar (art. 665 CC). Tal testamento, sin embargo, fue impugnado por sus sobrinos, que argumentaban que, siendo el otorgamiento de testamento un acto de disposición, debía haber concurrido la intervención del curador, lo que no había tenido lugar en el acto de otorgamiento del testamento recurrido; impugnación que no prosperó¹⁰³. Por otra parte, la doctrina también se ha cuestionado la posibilidad de testar el incapacitado aún cuando la sentencia contuviera pronunciamiento favorable a dicha capacidad, pues podría suceder que en el momento de testar el incapacitado no tuviera la idoneidad necesaria para otorgar testamento, cuestión cuya solución no parece clara, toda vez que el art. 666 CC establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento¹⁰⁴. De otro lado, en el caso de que la sentencia contuviera un pronunciamiento negativo a la posibilidad de otorgar testamento, las opiniones doctrinales se diversifican, señalando unos autores que el incapacitado no podría testar pues es necesario acatar dicho pronunciamiento que priva al incapacitado de esta posibilidad, mientras otros aducen que admitir dicha posibilidad entraría en contradicción con la disposición del citado art. 666, puesto que el incapacitado puede encontrarse en un momento dado en un intervalo lúcido, a quien el propio legislador permite la posibilidad de testar (art. 663.2º *a sensu contrario*)¹⁰⁵.

También se ha planteado en nuestro derecho la atribución a una persona incapacitada del Derecho de sufragio activo¹⁰⁶. En esta materia, hay que recordar

103 El TS se basó en el art. 1 de la Convención de Nueva York; en el art. 662 CC, que consagra el principio de que la capacidad para testar es la regla general; en el art. 666 CC, que dispone que sobre la capacidad para otorgar testamento ha de atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de su otorgamiento, siendo válido el testamento hecho antes de la enajenación mental (art. 664 CC); en que el testamento es un acto personalísimo, que no admite representación legal (art. 670 CC), y en que los actos de disposición *mortis causa* no son equiparables a los actos *inter vivos*, y, por tanto, no cabe incluir el testamento dentro de los actos de disposición para los cuales se había nombrado curador al testador. En este sentido se manifiestan también la citada STS 31 marzo 2004, y las SSAAPP Valencia 5 noviembre 2012 (Tol 3.661.761), y Asturias 8 mayo 2015 (Tol 5.006.530). Otras SSTS ratifican la capacidad para otorgar testamento válido antes de la incapacitación de la persona (así, STS 23 marzo 2010, Tol 1.819.4033).

104 GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pp. 534-535.

105 Véanse las distintas posturas en GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pp. 536-538, quienes ponen de relieve los distintos criterios que ha mantenido la jurisprudencia en esta materia (pp. 539-540). A la vista del vacío legal que parece existir en nuestro ordenamiento sobre esta cuestión, ambas autoras defienden la necesidad de revisar el texto del art. 665 CC, permitiendo otorgar testamento al incapacitado si tiene capacidad idónea para ello, toda vez que la incapacitación es una medida de protección para la persona y no para la familia, y que los posibles riesgos que se derivarían del otorgamiento de testamento por un incapaz pueden ser paliados por su impugnación ante los tribunales, lo que estaría en consonancia con el art. 12 de la Convención de Nueva York (pp. 540-546).

106 Véase al respecto, ARAGONÉS SEIJO, I., ARAGONÉS SEIJO, S.: "La privación del derecho de sufragio activo de los discapacitados", *Diario La Ley*, núm. 8663, 2015; GARCÍA ROCA, F.J.: "Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo", *La protección jurídica del discapacitado: II Congreso regional* (Coord. I. Serrano Gacía, 2007, pp. 171-190; ONEGA LÓPEZ, J.R.: "El ejercicio del derecho de sufragio activo por el colectivo de discapacitados: el voto por internet como posible vía de solución", *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, 2003, pp. 11-30.

que la Convención de Nueva York en su art. 29 garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones. En nuestro derecho, la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dispone en el art. 3.1 que carecen de derecho de sufragio: “b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.- c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”, estableciendo en el número 2 la obligación de los jueces de pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para su ejercicio, y en el supuesto de que ésta sea apreciada, la obligación de comunicarlo al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente¹⁰⁷. Por su parte, la jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en distintas sentencias, manteniendo criterios diferentes según el caso sometido a su juicio¹⁰⁸. Sin embargo, las SSTs 24 de junio 2013 y 1 julio 2014 subrayan el hecho de que la privación del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total. A este respecto, la citada STS de 24 junio 2013 establece que en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna, en base al art. 29 de la Convención, considerando que «la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente». Considera el Tribunal en esta cuestión que es el Juez que entiende del proceso a quien le corresponde examinar y evaluar la situación de la persona incapacitada y motivar la pertinencia o no de privar el ejercicio de este derecho fundamental, ya que es regla y no excepción, a quien puede ejercitarlo con independencia de su situación personal¹⁰⁹.

107 DÍAZ ALABART, S.: “El Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, *Revista de Derecho privado*, núm. I, enero-febrero 2012, pp. 11-14, realiza objeciones a la redacción de este precepto por cuanto no se prevé en él la relación entre la temporalidad de la incapacitación y el Censo Electoral, en el que se puede incluir o dejar de incluir dichas situaciones, y que, además, en dicho precepto no se hace referencia a los posibles internamientos voluntarios, y tampoco se prevé las situaciones de incapacidad natural de personas que nunca llegan a estar incapacitadas.

108 Véase las sentencias estudiadas por DÍAZ ALABART, S.: “El Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, cit., pp. 17-19.

109 El Auto del TC 196/2016, de 28 de noviembre (Tol 6.436.802), denegó el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal por entender que había una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 23 CE frente a la Providencia del TC que había acordado la inadmisión a trámite de la demanda de amparo interpuesto por unos padres que tenían la patria potestad rehabilitada de su hija, incapaz en grado parcial, y que solicitaban que se le reconociera capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, que en todas las instancias se le denegó por considerar que había quedado acreditado las notables deficiencias que presentaba la incapacitada en esta faceta concreta. Señala el TC que el art. 3 LOREG “No ampara este precepto la privación de este derecho de sufragio activo a las personas por el hecho de padecer cualquier discapacidad, sino sólo a aquellas respecto de las que así se decida, por sentencia, tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen y que se proyecte sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto. Por ello, la restricción únicamente debe afectar a las personas

Sin embargo, en otras normas de nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de que actos que afectan a la esfera personal puedan ser realizados por el representante legal. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito sanitario, en el que el otorgamiento del consentimiento informado, que se debe dar para la aplicación de cualquier tratamiento o intervención en la persona-paciente (y que, por lo tanto, afectan al derecho de la personalidad y fundamental a la integridad física de la persona), se otorgará por el representante legal "cuando el paciente esté incapacitado legalmente" (art. 9.3,b de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -y legislación autonómica concordante-), aunque la norma establece que, a pesar de ello, hay que tener en cuenta, aun cuando no sea determinante, la opinión de los incapaces o incapacitados (art. 5.2 de la Ley 41/2002, en el que se establece: "El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal"). Claramente en esta norma no se ha tenido en cuenta el contenido de la sentencia, que puede excluir al tutor de tomar decisiones en la esfera personal del incapacitado, y, por ello, dicha norma parece contradecir la tendencia actual a respetar la autonomía del incapacitado en la mayor medida posible.

En el ámbito patrimonial, el art. 1263.2º dispone que no pueden prestar consentimiento para contratar "Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial"¹¹⁰. Lo cual se manifiesta concorde con los planteamientos de respeto al contenido de la sentencia dictada por el Juez, que limitará la capacidad de la persona atendiendo a sus circunstancias. Luego en el precepto no se establece una prohibición absoluta a las personas incapacitadas para contratar, si no que ello dependerá del alcance de dicha limitación en la sentencia de incapacitación.

En función de la amplitud de la limitación de la capacidad de obrar que realice el Juez en la sentencia de incapacitación, éste deberá establecer el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido la persona incapacitada (art. 760.l LEC). La ley, por tanto, establece, en virtud de la graduación de la incapacitación, un sistema múltiple de figuras de guarda, que aplicará según las circunstancias de la persona y del caso: la tutela, la curatela y el defensor judicial (reguladas dichas instituciones tutelares en los arts. 215 y ss. CC).

que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.l CE", que es lo que quedo acreditado en las instancias judiciales anteriores.

110 Véase NUÑEZ NUÑEZ, M.: "Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de posconceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

Si en la demanda de incapacitación se hubiere solicitado nombramiento de tutor o representante del incapacitado, el tribunal nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (art. 760.2 LEC). Posibilidad que ha sido aplaudida por la doctrina pues evita la duplicidad de procedimientos.

Como se ha indicado, el Juez puede someter al incapacitado a un régimen de tutela (art. 222.2° CC) o a un régimen de curatela (art. 287 CC), según sea el alcance de la privación de la capacidad de obrar que haya establecido.

La tutela supone el nombramiento de un representante legal, que realizará todos aquellos actos que éste no pueda realizar por sí mismo (art. 267 CC), ejerciendo su cargo de acuerdo con la personalidad de su pupilo y respetando su integridad física y psicológica (art. 268.1 CC), aunque necesita autorización judicial para realizar determinados actos (art. 271 CC).

La regulación de la misma (arts. 215 y ss. y 222 a 285 CC) ha puesto de relieve el sistema de protección al incapacitado.

Así, se muestra como un sistema garantista de los derechos de la persona incapacitada tanto en su constitución como en el control de su funcionamiento, pues siempre se encuentra presente el Ministerio fiscal (arts. 231-232 CC).

El nombramiento del tutor debe realizarlo el Juez, siempre en interés y beneficio del tutelado¹¹¹, atendiendo al orden establecido en el art. 234 CC, siendo los cargos tutelares siempre de carácter obligatorio (art. 216 CC), salvo si existieren causas de excusa, estableciéndose prohibiciones para ser tutor (243 y 244 CC).

Dicha regulación permite también que sea la propia persona que prevea que en un futuro pueda ser incapacitada quien designe para sí mismo un tutor; así, el art. 223 CC (en relación con el 234.1 CC) establece que "Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.- Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado". Se trata de la figura denominada autotutela (que fue introducida en el CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), y cuya disposición debe tener en cuenta el Juez. Aunque la jurisprudencia señala que si

¹¹¹ Ponen de relieve que el nombramiento de tutor se debe realizar en beneficio del tutelado, entre otras muchas, las SSAP Islas Baleares 28 abril 2009 (Tol. 1.565.559), Palencia 13 diciembre 2011 (Tol 2.340.547), y SSTS 11 octubre 2012 (Tol 2.674.037) y 5 febrero 2013 (Tol 3.010.824).

éste considera perjudicial para los intereses del incapacitado dicho nombramiento podrá rechazarlo¹¹².

Por otra parte, si el incapacitado fuese un menor de edad, señala el Código civil en el art. 171 que la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad¹¹³. En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del título relativo a las relaciones paterno-filiales. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (art. 171.3º CC)¹¹⁴.

Como una muestra más de la protección debida a la persona incapacitada, y de la flexibilidad que se permite al Juez para adaptar el régimen de guarda a la limitación de la capacidad, excepcionalmente, éste, en resolución motivada, podrá alterar el orden de nombramiento de tutor que establece el CC o prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere (art. 234, párr. 2º, CC)¹¹⁵. Por lo que, en defecto de las personas mencionadas, el Juez puede designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC).

Por otra parte, el Juez en la sentencia de incapacitación puede haber establecido la curatela (normalmente en los casos de una limitación menos amplia

112 Así en la STS 17 julio 2012 (Tol 2.635.528) no se aceptó el nombramiento del tutor efectuado por el interesado porque se consideró perjudicial para los intereses de la persona incapacitada, dado los intereses económicos en juego que no gestionó correctamente la tutora designada por el propio incapacitado, nombrando como tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Véase, en relación a la autotutela, entre otros, DÍAZ ALABART, S.: "La autotutela", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords. J. ALVENTOSA DEL RÍO, R.Mª MOLINER NAVARRO), Vol. I, 2008, pp. 319-338; MARTÍN AZCANO, E.M.: "Designación de tutor por el propio interesado: la delación voluntaria de la tutela o autotutela", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 5, 2015 (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y derecho de familia), pp. 107-114; ORDÁS ALONSO, M.: "La autotutela", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, núm. 8, 2014, pp. 50-95; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "El artículo 223.2º del Código civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 89, 2013, pp. 861-888.

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

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

115 De hecho, en la SAP Baleares 7 mayo 2004 (Tol 447.802) la Sala nombró tutora a la hermana de la incapacitada, que presentaba trastorno de personalidad por abuso de drogas, con preferencia al padre de la misma por entender que aquélla podría dedicarle mayor atención que éste; en la SAP Valencia 23 noviembre 2006 (Tol I.022.178) se prefirió a la hija menor de la incapacitada, en base al informe pericial del Juzgado que la consideró más idónea, con preferencia a su hermana mayor.

de la capacidad de la persona incapacitada)¹¹⁶. Su régimen jurídico es mucho más breve que el de la tutela (sólo abarca los arts. 286 a 291 CC), señalando el art. 291.I CC que se aplicaran a los curadores las normas de la tutela en lo relativo al nombramiento, inhabilidad, excusa¹¹⁷ y remoción de los mismos¹¹⁸. La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (arts. 289 y 290 CC)¹¹⁹.

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

2. Internamiento de la persona.

A) Consideración general.

Cuando en la LEC se refiere al internamiento de la persona incapacitada, hace alusión a la necesidad de internar a una persona por razón de trastornos psíquicos en un lugar *ad hoc* para tratar el padecimiento sufrido por éste.

En general, el internamiento para tratar las afecciones derivadas de dichos padecimientos se puede producir en diversas circunstancias¹²⁰.

Puede darse el caso de que sea la misma persona quien ante una situación de ciertos trastornos que no pueda superar por sí misma, solicite voluntariamente el

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

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

118 En este sentido, por aplicación del art. 244 CC, en la SAP Valencia 28 marzo 2003 (Tol I.114.452) el Tribunal excluyó de la curatela del incapacitado a la hermana por tener importantes conflictos de intereses con el mismo y a la madre por imposibilidad física dado que se encontraba enferma e iba en silla de ruedas, designando curadora a la Generalitat Valenciana.

119 En este sentido, STS 20 mayo 1994 (Tol I.656.535), y SSAP La Rioja 30 octubre 2003 (Tol 332.690), Barcelona 29 julio 2005 (Tol 793.090), Badajoz 27 febrero 2006 (Tol 879.694), y Castellón 16 enero 2012 (Tol 2.532.550).

120 CALCEDO ORDOÑEZ, A.: "Internamientos, incapacitación y medios coercitivos", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 111-112, distingue entre internamiento clínico u hospitalización voluntaria, internamiento psiquiátrico por autorización judicial basado en el art. 763 LEC, e internamiento por orden judicial en el caso que el Juez advierta en el procesado indicios de trastorno mental (art. 381 LECRIM).

internamiento en un centro psiquiátrico, en cuyo caso nos encontramos ante un internamiento de carácter voluntario, o internamiento clínico (según terminología utilizada en la LGS, art. 65).

Asimismo, puede darse el supuesto de que sea el Juez, en la sentencia de incapacitación, el que establezca el internamiento del incapacitado si lo estima oportuno en beneficio del mismo (denominado por la doctrina internamiento forzoso ordinario)¹²¹.

Además, puede darse también el caso de que, ante ciertos trastornos de la persona, los especialistas que la tratan consideren conveniente el internamiento de la misma, aún cuando no haya sentencia de incapacitación, en cuyo caso, en principio, se estará a lo dispuesto en cuanto a su consentimiento a la legislación sanitaria (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y legislación autonómica correspondiente).

Y, por último, cabe que se produzcan situaciones de urgencia en las que sea necesario, para proteger a la persona afectada o a terceros, su internamiento en establecimiento adecuado al caso, aún cuando no exista sentencia de incapacitación ni tampoco, por tanto, consiguiente internamiento determinado por el Juez¹²², ni consentimiento del afectado (en caso, por ejemplo, de síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o en el caso de Delirium Tremens o ciertos tipos de demencias)¹²³.

B) Internamiento del incapacitado determinado en la sentencia.

Establece el art. 760 LEC que en la sentencia de incapacitación el Juez se puede pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del declarado

121 Así lo denomina ELOSEGUI SOTOS, A.: "El internamiento forzoso ordinario", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 76-80.

122 La doctrina defiende una alternativa al internamiento psiquiátrico, sea consentido o forzoso: se trata del denominado tratamiento ambulatorio que tiende a evitar la privación de libertad del paciente, aplicándose cuando se constata que el ingreso es innecesario por la correcta adherencia a la terapia señalada al paciente, aunque hay discrepancia entre los especialistas. Cfr. SERRANO BERNAL, V.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psicótico", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 107-108. En sentido similar, RAMÓN MONTÉS, J.: "Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 155-156.

123 Los expertos señalan cuatro situaciones como susceptibles de ser objeto de internamiento psiquiátrico urgente: riesgo de autoagresividad (suicidio, tentativa de suicidio); riesgo de heteroagresividad, en el que existe peligro para terceros; pérdida o grave disminución de autonomía personal, que impide realizar las tareas de cuidado personal más básicas y necesarias; y grave enfermedad mental con riesgo de agravarse en caso de no tratarse adecuadamente. Así, SERRANO BERNAL, V.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psicótico", cit., pp. 104-106. Por su parte, RAMÓN MONTÉS, J.: "Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación", cit., p. 158, añade que la medida de hospitalización para que se aplique debe ser razonablemente más efectiva y beneficiosa para el paciente que cualquier otra alternativa terapéutica menos restrictiva.

incapacitado. Dicho pronunciamiento se realizará a la vista de las pruebas que se hayan presentado, en donde tendrá un peso específico el dictamen de los peritos¹²⁴.

C) Régimen específico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

La Ley de Enjuiciamiento civil regula de modo detallado el internamiento no voluntario de una persona por razón de trastorno psíquico en el art. 763¹²⁵, cuando no media sentencia de incapacitación en la que se haya dispuesto el mismo por el Juez¹²⁶.

Señala este precepto, en su núm. 1, que el internamiento, por razón de trastorno psíquico¹²⁷, 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 reside la persona afectada por el internamiento (en consonancia con el art. 271.I.1º CC)¹²⁸. Precisa la Ley que, como regla general, dicha autorización será previa al internamiento¹²⁹.

Pero exceptúa de esta regla la existencia de situaciones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida¹³⁰.

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

125 Se ha criticado la expresión “trastorno psíquico” que se utiliza en el art. 763, por CASTELLANO ARROYO, M^a., MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: “El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *Actualidad civil*, núm. 26, 2003, pp. 663 ss., *La Ley 1130/2003*, p. 7, porque dicha expresión goza de tanta imprecisión que puede llevar a la inseguridad jurídica ya que puede ser interpretado por los propios familiares o allegados para solicitar el internamiento.

126 Considera la doctrina que se trata de un proceso independiente del de incapacitación; así, GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 205.

127 El TC en su sentencia 131/2010, 2 diciembre (Tol 2.007.363), consideró inconstitucional el art. 763.I LEC pues estimó que esta materia debía haberse regulado por Ley Orgánica porque afecta a derechos fundamentales de la persona, aunque no declaró nula la norma para no dejar un vacío en el ordenamiento jurídico, instando al legislador a regular dicho internamiento por aquel tipo de ley. Lo establecido en esta resolución ha sido recogido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, que modifica la LEC en el sentido de atribuir carácter orgánico al art. 763 (art. segundo, tres).

128 La doctrina discute si la ratificación de los internamientos urgentes por trastorno psíquico constituye o no un expediente de jurisdicción voluntaria; véase RODRÍGUEZ LAINZ, J.: “El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional”, *Diario La Ley*, 8763, 1, 2016; SÁEZ GONZÁLEZ, J.: *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico (Tratamiento posterior a la aprobación de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2015; VIEIRA MORANTE, *ob. cit.*, p. 379.

129 Véase la diferencia de este internamiento no urgente con el urgente en CASTELLANO ARROYO, M^a., MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: “El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *cit.*, pp. 9-11.

130 La STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 octubre 2000 (EDJ 2000, 74930) abordó el caso en que se discutía la necesidad de un internamiento involuntario por razones de urgencia, que no apreció. Este recurso trata de la reclamación por parte de una madre al Servicio Vasco de Salud de una indemnización pecuniaria por el fallecimiento de su hijo por presunta negligencia de dicho Servicio. El fallecido seguía tratamiento en un Centro de Drogodependencias, al principio por su toxicomanía y después por un trastorno depresivo. En varias ocasiones, en momento temporal anterior a su fallecimiento, había acudido al Servicio de Urgencias del Hospital por sobreingesta medicamentosa, acompañada de bebida

Se señala por la doctrina que son presupuestos legales para la autorización a dicho internamiento, la existencia de trastorno psíquico, la necesidad de internamiento y la ausencia de capacidad en el internado para prestar consentimiento (art. 763.1 LEC)¹³¹.

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

En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas¹³² desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (art. 763.2 LEC), plazo que, sin embargo, ha sido criticado por la doctrina por considerarlo excesivamente parco para poder completar todos los trámites exigidos por la ley¹³³.

alcohólica de alta graduación y gestos parasuicidas. En todas las ocasiones, los médicos que le atendieron le aconsejaron ingreso psiquiátrico, pero el paciente se negó, y, con el consentimiento de la familia, le dieron el alta. Poco tiempo después el paciente falleció por sobredosis, señalándose en la autopsia que pudo ser accidental o un suicidio. El TSJ concluyó que el ingreso involuntario, siendo aconsejable (como así lo entendieron los diferentes facultativos del Servicio de Urgencias que propusieron el ingreso al paciente, rechazándolo éste en todas las ocasiones), no era una medida de obligada adopción por parte de los facultativos, puesto que el paciente conservaba el juicio y la capacidad de control, contando con apoyo familiar, circunstancias que permitían continuar con el tratamiento ambulatorio y posponer el ingreso en un centro psiquiátrico, aunque señaló que el único elemento de juicio con el que contaban para tal conclusión era el informe del perito, pero, ello no obstante, era a la parte actora a la que competía acreditar el nexo causal, sin que se hubiera probado en el presente proceso ni la ausencia de control del enfermo ni la falta de capacidad de la familia para hacer frente a su situación, máxime cuando no constaba que la madre, que acompañó a su hijo a los Servicios de Urgencia, efectuara entonces manifestación alguna en tal sentido, asumiendo, al menos de modo implícito, su cuidado. Por todo ello, el TSJ desestimó el recurso presentado por la madre.

- 131 Así lo señala GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 206. Por su parte, CASTELLANO ARROYO, M^a, MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: "El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacidad en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *cit.*, p. 8, estiman que serían motivos para producir dicho internamiento: que los pacientes manifiesten una conducta de riesgo o peligro para su integridad física o de otras personas, que el tratamiento indicado requiera de personal sanitario para su aplicación, y que el propio enfermo no esté en condiciones de administrarse el tratamiento ni existan familiares o personas que puedan prestarle el cuidado necesario.
- 132 Véase sobre el transcurso del plazo de las 72 horas, las SSTC 2 julio 2012 (RTC 2012, 41) y 7 septiembre 2015 (RTC 2015, 182), cuyo recurso interpuso el Ministerio Fiscal y cuya legitimidad para interponerlo se cuestionó, y en las que el TC estableció sin lugar a dudas la legitimidad del mismo como parte demandante, señalando, además que el plazo de 72 horas comienza desde el momento de la comunicación del ingreso hospitalario, sin permitir intercalar plazos implícitos.
- 133 En este sentido, VIEIRA MORANTE, *ob. cit.*, pp. 382-385, quien estima que el plazo es muy exiguo para cumplimentar todos los trámites requeridos por la ley, ya que durante este plazo los decanatos de los juzgados deben proceder a las operaciones de reparto y traslado al juzgado competente; tiene que posibilitarse la asistencia letrada al internado, dado que hay que comunicar el internamiento al letrado designado por el internado o sus representantes o designar al colegiado de oficio, y posteriormente posibilitarle la intervención con su representado; el Juez debe examinar al internado y a otras personas; hay que realizar el informe pericial; debe darse audiencia al Ministerio Fiscal, y, por último, dictarse resolución por el Juez pronunciándose sobre el internamiento; por todo lo cual, el autor se plantea si no se protegería

La STC 13/2016, de 1 febrero¹³⁴ dispone precisamente que es el responsable del centro quien tiene que pedir la autorización judicial, y no otras personas, como las que intervinieron antes del internamiento (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, los propios parientes o conocidos del internado); pero, además, señala que el centro debe disponer de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y que dicho centro disponga de los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise. Señala también el TC que es necesario la "existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar *ab initio* la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial".

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa (según se establece en el art. 758 LEC)¹³⁵. Ello ha sido ratificado por la STC 22/2016, de 15 de febrero¹³⁶, que hizo especial referencia al derecho del internado a contar con la asistencia jurídica de abogado y procurador y a la práctica de pruebas. En ella, el TC señala que el Juez debe informar al internado antes o durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un abogado y procurador, sean de su confianza o designados por el juzgado de entre los del turno de oficio; si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite el art. 763.3 de la misma Ley. Sin embargo, de ser el fiscal el promotor de la medida de internamiento no podrá ser designado como su defensor, ordenando en tal supuesto el propio art. 758 LEC que se le designe un defensor judicial para que le

mejor los intereses del internado posibilitando una mayor ponderación de las circunstancias concurrentes, con real ejercicio de su defensa, aunque fuera a costa de la ampliación del plazo para proceder a todos estos trámites.

134 STC 22/2016, de 15 de febrero (Tol 6.436.791).

135 Así lo estima la doctrina, aunque nada se diga en el precepto, señalando GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 207, que si no los tuviera, actuará por ellos el Ministerio Fiscal, salvo que sea el promotor del expediente, en cuyo caso se le designará un defensor judicial (art. 758 LEC).

136 STC 22/2016, de 15 de febrero (Tol 6.436.791).

represente; en este caso, se entiende, a los únicos efectos del procedimiento de internamiento¹³⁷.

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

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

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

Debido al carácter graduable y revisable de la sentencia de incapacitación, la Ley indica que en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Dichos informes serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

La autorización del internamiento es revisable de oficio si cambian las circunstancias que han dado lugar al internamiento. De manera que, recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

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

¹³⁷ En la misma línea, la STC 50/2016, de 14 de marzo (ROJ: STC 50/2016-ECLI:ES: TC:2016:50), estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la asistencia jurídica reconducido a lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE, en un caso en el que, ante la petición de la persona internada, formulada en el momento de su exploración por la magistrada, de que se le nombrara abogado y procurador, se ratificó el internamiento antes de que se designara a estos profesionales y antes de que el Ministerio Fiscal emitiera informe sobre el internamiento.

3. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado limitados en la sentencia de incapacitación.

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

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

Si en la sentencia se hubiera establecido la curatela, el art. 293 del CC establece que “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los arts. 1301 y siguientes de este Código”. Por lo que en este caso no cabe duda de que el efecto de tales actos es la anulabilidad de los mismos.

En relación a los actos realizados por el declarado incapaz antes de la sentencia de incapacitación, se debe acudir a los procedimientos habituales para invalidar los actos realizados por un sujeto carente de capacidad natural, es decir, se puede solicitar por las personas afectadas la declaración de nulidad o anulabilidad de los mismos conforme al régimen jurídico aplicable a cada situación (arts. 6.3 y 1300 y ss. CC en relación con los preceptos específicos que sobre capacidad se exigen en los distintos actos y negocios jurídicos).

VII. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.

La sentencia donde se declara la incapacitación no es inamovible ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas del declarado incapaz pueden variar (para mejorar o para empeorar), necesitando,

por tanto, un ajuste del contenido de la misma¹³⁸. Así el art. 76l LEC establece que “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Estima la doctrina que no se trata de un proceso de revisión ni de un incidente del proceso de declaración de la incapacitación anterior, sino de un nuevo proceso, como indica el propio art. 76l, basado en hechos nuevos¹³⁹.

La petición de este nuevo proceso se tramitará por los cauces del juicio verbal, siendo competente para conocer de este nuevo proceso el Juez de Primera Instancia del lugar de residencia del incapacitado (art. 759 LEC).

Pueden instar dicho proceso las personas que formularon la demanda anterior, las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, el Ministerio Fiscal y el propio incapacitado. Añadiendo el art. 76l.2.2º que “Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo”.

También se establece que se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda (art. 76l.3 LEC).

La sentencia que se dicte en este nuevo proceso deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta (art. 76l.3.3º LEC)¹⁴⁰.

138 Destaca GETE-ALONSO Y CALERA, M^o.C.: *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 40-41, la importancia de la revisión de la sentencia, que permite no configurarla como una situación definitiva para la persona incapacitada.

139 Así, GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 209.

140 Véase GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P.: “Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2003 (I). Un supuesto de revisión de la incapacitación dictada se formuló en la STS 11 octubre 2017 (Tol 6.388.487), en la cual en el primer proceso se había dictaminado una incapacitación parcial para una mujer limitando su capacidad para realizar actos de disposición de bienes muebles e inmuebles de especial valor y de sumas de dinero hasta una cantidad concreta, nombrando curador a su marido; habiendo fallecido el marido, asumió el cargo su hijo, pero éste inició un nuevo proceso de incapacitación solicitando la sustitución de la incapacidad parcial por la total, solicitando ser nombrado tutor de su madre, pretensión a lo que accedió la Audiencia Provincial; habiendo presentado Recurso de casación, el TS denegó tal modificación señalando que la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación, en base a las disposiciones de la Convención de Nueva York; añadiendo que esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas; por lo que estimo que la sentencia recurrida conculca claramente la reseñada jurisprudencia de sala, en cuanto resulta desproporcionado el alcance de la limitación de capacidad declarada, a la vista de la situación de la incapacitada y, sobre todo, de sus necesidades asistenciales (en sentido amplio), pues el principal apoyo del que precisa la incapacitada y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende; y en este caso, la incapacitación total resulta excesiva y desproporcionada, pues priva innecesariamente a la afectada

VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO. REFERENCIA A LA NUEVA REGULACIÓN PROYECTADA SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS.

La exposición precedente es todavía derecho vigente, con todas las anotaciones que ha realizado la jurisprudencia y la doctrina a la normativa, sobre la modificación judicial de la capacidad de obrar de las personas, reformada ya en varias ocasiones, como se ha tenido oportunidad de observar.

Sin embargo, recientemente se ha propuesto por el Ministerio de Justicia y por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar social, en fecha 21 de septiembre de 2018, el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, en cuya Exposición de Motivos se señala que con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, fundamentalmente en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

Sigue señalando la Exposición de Motivos que la nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que pueda necesitar dicha persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En este sentido, y siendo el concepto de capacidad jurídica el elemento fundamental sobre el que versa la reforma, dicha Exposición observa que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos. Tal como se desprende de la citada Convención.

La ley de reforma consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

Por lo que se refiere al Código civil, éste se reforma en el artículo primero, en sesenta y tres apartados, que modifican preceptos relativos a la nacionalidad (arts. 9.6, 10.8, 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2); a la separación y al divorcio y a los efectos comunes derivados de dichas situaciones (arts. 81, 82.2, 91, 94 y 96); a la filiación (arts. 112, 121, 124, 125 y 137); a la patria potestad (arts. 156 y 171); a la tutela, curatela, defensor judicial y guarda de hecho (que pasan a tener una nueva

de capacidad para actuar por sí misma en ámbitos que van más allá de su atención médica. Por lo que no se permitió la modificación de la capacidad solicitada.

numeración: así a la tutela de menores se refieren los arts. 199 a 237; los arts. 261 a 265 regulan la guarda de hecho de menores; los arts. 266 a 292 regulan la curatela, y los arts. 293 a 296 se refieren al defensor judicial); a la mayor edad y emancipación (que cambian de numeración, pasando a ser los arts. 238 a 247); a la prodigalidad (que pasa al art. 298); añadiéndose unas disposiciones comunes (arts. 299 a 300); asimismo se modifican algunos artículos referentes a la posesión, a materia sucesoria, sobre todo en el ámbito testamentario, y al derecho de contratos.

Las otras reformas que se producen se realizan en los artículos siguientes. Así, el artículo segundo modifica la Ley Hipotecaria en seis apartados. El artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento civil, distribuyéndose en nueve apartados. El artículo cuarto modifica la Ley del Registro civil. Y finalmente, el artículo quinto reforma la Ley de la Jurisdicción Voluntaria,

De todas las modificaciones producidas en el Anteproyecto, las reformas que más interesan por el tema tratado son las que se introducen en el Código Civil, que resulta ser la más extensa y de mayor importancia, puesto que en ella se establecen las bases del nuevo sistema fundamentado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y en la Ley de Enjuiciamiento civil.

La reforma más importante respecto a la modificación judicial de la capacidad de obrar o incapacitación es que en el Anteproyecto se suprime toda referencia a la incapacitación, que se regula actualmente, como se ha señalado, en el Título IX del Libro I del CC (arts. 199 a 201), pasando este Título a rubricarse "De la tutela y de la guarda de menores", regulándose la situación de las personas con discapacidad en el Título XI, bajo la rubrica "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad". De manera que, como se señala en la Exposición de Motivos de dicha Ley, "el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad".

En este sentido, el art. 248 de dicho Título XI señala que "Constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad

y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad.- Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Indicando el art. 249.I que “Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”.

Incide la Exposición de Motivos en señalar que no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado. Parece ser que por ello, se han suprimido en la Ley de reforma las causas que daban lugar a la modificación judicial de la capacidad de obrar (recogidas en el art. 200 CC).

Siguiendo este criterio, se elimina la tutela como una institución de protección al incapacitado (que se reserva únicamente a los menores no emancipados), así como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, considerando que son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que se diseña en la reforma.

En el Anteproyecto se propone la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, siendo, por tanto, la figura con mayor regulación. Disponiendo que la finalidad de la institución es primordialmente la asistencia, apoyo, y ayuda al discapacitado, atribuyéndole de este modo una naturaleza asistencial. Aunque, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general. Con lo cual se atribuyen al curador una función que antes correspondía al tutor.

Desde el punto de vista procedimental, se establece que el procedimiento de provisión de apoyos se realice a través de una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso, según la propia Exposición de Motivos, a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos. En el Anteproyecto de Ley se realizan las necesarias adaptaciones terminológicas en el Capítulo primero del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero además se destaca que la primera modificación relevante se encuentra en el apartado I del art. 756 de dicha norma, que establece que el proceso judicial solo procede cuando, de acuerdo con el Código

Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. Por su parte, en el apartado 3 de ese mismo precepto se da solución al problema derivado del cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos., que se remite al Juez de la nueva residencia, siempre que no se haya celebrado aún la vista. Asimismo, entre otras, se reforman otros preceptos en los que se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo, y se reordenan las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos, posibilitándose que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente el propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él prefiera mantener reservados.

Este Anteproyecto ha merecido una valoración positiva del Consejo Económico y Social, emitido en el correspondiente Dictamen en Sesión Ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018 (Dictamen 5 2018), así como del Consejo General del Poder Judicial que realizó sobre el mismo en el Informe emitido el 29 de noviembre de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La incapacitación, causas, extensión y procedimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. DE SALAS MURILLO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

AA.VV.: *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con alzheimer* (coord. R. MARRERO MACÍAS), 2010, pp. 9-10.

AA.VV.: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (coord. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, M. PEREÑA VICENTE), I, La Ley Actualidad, Madrid, 2011.

AA.VV.: "2000-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España", *Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (dir. L. C. PÉREZ BUENO), CERMI, ediciones Cinca, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LEciv", *Aranzadi civil-mercantil*, 2000 (21), pp. 1-7.

ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11 ss.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Incapacitación y drogodependencias", *Revista Española de Drogodependencias*, 38 (1), 2013, pp. 67-81.

- "La incapacidad en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 252-275.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", *Revista de derecho privado*, núm. 90, 2006, pp. 9-68.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Incapacitación. Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal del presunto incapaz; limitación de la incapacitación a las actuaciones procesales por querulancia; sometimiento a curatela" *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 56, 2001, pp. 821-832.

BERROCAL LANZAROT, A.I., "La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas", *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 2, 2014, *La Ley 1578/2014*.

BOTELLO HERMOSA, P.: "La Ley Orgánica 12015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho UNED*, Núm. 17, 2015, pp. 615-638.

CALCEDO ORDOÑEZ, A.: "Internamientos, incapacitación y medios coercitivos", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 111-114.

CALPARSORO DAMIÁN, J.: "La actuación del ministerio fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño: Fundación Tutelar de la Rioja, 2005, pp. 45-46.

CASTELLANO ARROYO, M^a., MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: "El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *Actualidad civil*, núm. 26, 2003, pp. 663 ss. (*La Ley 1130/2003*).

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

CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR*, núm. 10, Diciembre 2012, pp. 61 ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I.: "El curador del mayor: un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad", *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 445-460.

- "Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009, pp. 3149-3161.

DÍAZ ALABART, S.: "Principios de protección jurídica del discapacitado", *REGAP. Revista galega de administración pública*, núm. 38, 2004, pp. 15-32.

- "La autotutela", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords. J. ALVENTOSA DEL RÍO, R.M^a MOLINER NAVARRO), Vol. I, 2008, pp. 319-338.

- "La dignidad de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho privado*, núm. 94, 2010, pp. 87-88.

- "El Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista", *Revista de Derecho privado*, núm.1, enero-febrero 2012, pp. 3-24.

DÍAZ PARDO, G.: "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores", *La Ley. Derecho de familia*, núm. 2, abril-junio 2014.

ELOSEGUI SOTOS, A.: "El internamiento forzoso ordinario", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 76-80.

ESCALONA LARA, J.M^a.: "La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013", *Actualidad civil*, núm. 4, 2014, p. 466 ss. (La Ley 1353/2014).

ESPIÑEIRA SOTO, I.: ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho civil*, Vol. II, núm. 2, abril-junio 2015, pp. 285-287.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación", *Revista de Derecho de la UNED*, 2011, pp. 83-92.

GARCÍA CANTERO, G.: "Persons with disability vs Personas incapacitadas... O viceversa", *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 88-89, 2014, pp. 743-819.

GARCÍA GARNICA, M.C.: "Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica", en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II (dir. M^a.C. GETE ALONSO, coord. J. SOLÉ RESINA), Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P.: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o síquicas*, Madrid, Colex, 1999.

- "Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación", *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2003 (I).

GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España", *ADC*, 2013, pp. 59-147.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C.: *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2003.

GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C., DÍAZ ALABART, S.: "La capacidad testamentaria de los incapacitados", *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres*

García (dirs. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M^a.P. GARCÍA RUBIO, COORDRA. M. HERRERO OVIEDO), *La Ley*, Madrid, 2014, pp. 529-546.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.: "Actuación del médico forense", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja Logroño, 2005, pp. 81-102.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004, pp. 161-211.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC", *Actualidad civil*, núm. 3, 2001, pp. 1143-1185.

- "Comentario al art. 199 CC", *Comentarios al Código civil* (Coord. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 337 ss.

- "Sentencia 13 mayo 2015. Proceso de modificación de la capacidad. Principio de proporcionalidad y principio de autonomía", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 111-129.

LAFUENTE TORRALBA, A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", *REDUR*, 10 diciembre 2012, pp. 123-143.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. de P. BLASCO GASCÓ), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1325-1326.

- *Principios de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 23^a ed., Ed. Marcial Pons., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Alternativa a los procedimiento de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo", en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

MARÍN CALERO, C.: *El Derecho a la propia discapacidad, El régimen de la discapacidad de obrar*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

- "La capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las persona con discapacidad. Siete años después, ¿qué se puede hacer?", *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL Y A.

LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 365 ss.

MARTÍN PÉREZ, J.A.: "Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés 2* (coord. F. de P. BLASCO GASCÓ), Valencia, 2011, pp. 1469-1485.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, The Global Law Collection, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

MARTÍNEZ GALLEGOS, E.M^a.: *El procedimiento de incapacitación*, Ed. Fe d'Erratas, Madrid, 2013.

MATA LOSTES, L.P.: "El procedimiento de incapacitación y nombramiento de tutor en la ley de enjuiciamiento civil. Figuras de guarda", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 25-33.

MAYOR DEL HOYO, M^a.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MEDRANO PÉREZ, B.: "Incapacitación: tutela y curatela", *Actualidad civil*, núm. 2, 2016 (La Ley 660/2016).

NADAL I OLLER, N.: *La incapacitación: comentarios al título IX del libro I del Código civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de octubre y Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999.

NUÑEZ NUÑEZ, M.: "Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de posconceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

- "Diverso intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores", *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 2, 2014 (Ejemplar dedicado a: rotación jurídica de personas vulnerables), pp. 85-91

PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PEREÑA VICENTE, M.: "La convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica", en *La encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 195-208.

PÉREZ BUENO, L.C.: "La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios", *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C.: "La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo", *Aranzadi civil: revista doctrinal*, 1, 2000, pp. 1919-1954.

RAMÓN MONTÉS, J.: "Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 153-163.

ROCA GUILLAMÓN, J.: "Comentario al art. 200 Cc", *Comentarios al Código civil, T. I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

RUEDA ESTRADA, J.D.: "La incapacitación judicial y el peritaje social: una visión desde las fundaciones tutelares", *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, 12 (1), 2012, pp. 30-41.

RUIZ JIMÉNEZ, J.: "La incapacitación de menores con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)* (coord. F. YÁÑEZ VIVERO, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ; C. LASARTE ÁLVAREZ -dir. Congr.-), UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 231-240.

SAN PASTOR SEVILLA, Y.: "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, coord. M. PEREÑA VICENTE), *La Ley*, Madrid, 2011, pp.207-218.

SANTOS URBANEJA, F.: "Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil", *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad [Recurso electrónico]: II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007*.

SERNA MEROÑO, E.: "El actual modelo de protección de las personas con discapacidad y sus exigencias legales", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 51, 2017, pp. 86-100;

SERRANO BERNAL, V.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005.

VIEIRA MORANTE, F.J.: "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, pp.371-385.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Los actos personalísimos del incapacitado", *Noticias jurídicas*, (junio 2002).

