TÍTULO

REALIDAD ACTUAL DE LOS PROCESOS DE INCAPACITACIÓN. ALTERNATIVAS A SU REGULACIÓN. HACIA UNA PROTECCIÓN EFECTIVA.

Fernando Santos Urbaneja
Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

© Fernando Santos Urbaneja
2009

fsurbaneja@telefonica.net
http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/

Publicado en:

JORNADAS FUNDACIÓN AEQUITAS – CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS
MADRID 9 Y 10 DE MARZO DE 2009

PLANTEAMIENTO

Al abordar este tema tenemos que partir de una dolorosa constatación: En torno al 95% de las demandas de incapacitación terminan con una sentencia de incapacitación plena, para todo y para siempre.

Hace años pensaba que ello se debía fundamentalmente a un problema de actitud de los profesionales que intervienen en estos procedimientos (Juez, Fiscal, Médico Forense, Abogados, etc…) pero hace tiempo que he abandonado esta idea pues donde concurren profesionales motivados no se mejoran mucho los resultados, ni tampoco la concentración de la materia en los Juzgados de Familia o incluso en los Juzgados con competencia exclusiva ha permitido transformar radicalmente este estado de cosas.

Así, si analizamos nuestra realidad actual y la comparamos con nuestra realidad histórica en este punto, podemos llegar a la demoledora conclusión (sálvese el que pueda) de que seguimos haciendo las cosas como hace cien años. El ámbito judicial, en su conjunto, en su estructura, no se ha sumado aún a la revolución, ya en marcha, de la promoción de la autonomía y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad y es que, lo que reflejan las sentencias de incapacidad no se corresponde con la realidad. El 95% de las personas declaradas plenamente incapaces no son plenamente incapaces.

La verdad es que hoy nadie está conforme con el procedimiento de incapacitación y existen varias líneas de reforma, algunas tan radicales como las que solicitan la "desjudicialización" desplazando la declaración de incapacidad a otros ámbitos (administrativo, notarial)

La pregunta es:

¿Qué es lo que está fallando? ¿Por qué no estamos a gusto con el procedimiento?

En mi opinión porque se nos ha pedido un imposible, algo humanamente inalcanzable, esto es: un pronunciamiento genérico sobre capacidades presentes y futuras.

Me explicaré acudiendo a conceptos básicos:

¿Qué es un proceso?

Quizás la definición más bella de proceso se encuentre en la obra de Calderón de la Barca "El Alcalde de Zalamea"

En ella se recoge un tenso debate entre D. Crespo, el Alcalde, que representa la Jurisdicción Civil y D. Lope, el Capitán, que representa la Jurisdicción Militar

Este es el diálogo:

Don Lope:

Yo me he de llevar al preso

ya estoy en ello empeñado

Don Crespo

Yo por acá he sustanciado

El proceso

Don Lope:

¿Qué es proceso?

Don Crespo:

Unos pliegos de papel que voy juntando

En razón de hacer averiguación de la causa

En definitiva, "unos pliegos de papel que se juntan para hacer averiguación de la verdad". Todos los procesos buscan determinar una verdad, la propia del caso, que es la que da sentido a todo el proceso. Un viaje tiene sentido en función del destino. Un procedimiento tiene sentido en función de lo que se pretende encontrar.

¿Qué pretende determinar el procedimiento de incapacitación?

La respuesta es clara, si la persona demandada posee o no suficiente capacidad de autogobierno (Art. 200 C.Civil).

Lo que ocurre es que la sentencia de incapacitación hace una declaración de presente y de futuro. Señala, sobre la base de una evaluación previa, que la persona demandada carece en este momento y carecerá en el futuro de capacidad de autogobierno.

¿Cómo se determina una verdad de futuro?

Cuando se trata de padecimientos estables se podrá hacer un pronóstico más o menos certero pero en caso de trastornos o padecimientos no estables, susceptibles de mejora o transformación, cualquier juicio de futuro resultará sumamente arriesgado.

En estos casos se solicita al Juez un pronunciamiento sobre el que no puede tener la menor certeza.

¿Qué es lo que lleva a instar un procedimiento de incapacitación?

En la mayor parte de los casos se acude al Juzgado porque se ha presentado la necesidad de realizar un acto, o resolver un problema actual en el que está involucrada o interesada una persona presuntamente incapaz (necesidad de una venta, concertar un préstamo, poner una demanda, realizar una esterilización, poner fin a conductas de despilfarro, etc….)

Curiosamente, como sabemos, en las demandas se suele ocultar la razón que mueve a acudir al Juzgado. En buena parte ello es debido al uso de formularios inexpresivos que se limitan a identificar al demandante, demandado y señalar una dolencia sobre la que fundamentar la declaración de incapacidad.

De este modo, lo que se realiza es un examen genérico, intemporal, sin consideración al problema o motivo concreto que late tras la demanda y, coherente con lo anterior, la sentencia recogerá un pronunciamiento genérico, intemporal y sin consideración al problema o motivo concreto.

Creo que hay una manera mejor de hacer las cosas que tiene que ver con lo que denomino "La teoría de la doble vía".

PROPUESTA DE FUTURO: LA TEORÍA DE LA DOBLE VÍA

PLANTEAMIENTO

La teoría de la "doble vía" es de carácter procesal. Tiene como presupuesto y viene a complementar otra teoría de carácter material que denomino "causa y motivo de la incapacitación" que he expuesto ya en diversas publicaciones[1].

Sintéticamente, pasa por distinguir entre:

La causa de la incapacitación está expresada en el Art. 200 del C. Civil.

> **"Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma".**

[1] "Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código Civil – Jornadas Fundación Aequitas – La Llave nº 3 – Madrid 2004 – Pags. 25-40.

El motivo, es el desencadenante, problema, necesidad u objetivo que se ha presentado (vender un bien, poner una demanda, la perspectiva de contraer matrimonio, la esterilización, etc…)

Lo que propongo es lo siguiente:

Que, "de lege ferenda" se arbitre un procedimiento-tipo para evaluar la capacidad de decidir de la persona respecto de actos concretos.
Que se mantenga el actual procedimiento de evaluación general de la capacidad para los casos más severos o complejos.

PRIMERA OPCIÓN: (DE LEGE FERENDA)

QUE SE ARBITRE UN PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN DE ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS CONCRETOS RELATIVOS A PERSONAS CUYA CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO APARECE CUESTIONADA

Frente al sistema actual de evaluación genérica, de presente y de futuro, lo que propongo es que, como regla general, se acuda al Juzgado para someter al Juez si la persona cuya capacidad se cuestiona, posee en el momento del examen capacidad de autogobierno en relación con un acto, necesidad o problema concreto que se ha planteado (motivo).
Sólo de esta manera podemos afinar el examen y la conclusión.

La evaluación genérica, con pronunciamiento de futuro es “tarea de dioses”. Cuando el trastorno es variable, el Médico Forense en su dictamen, el Juez en su pronunciamiento, se enfrentan a un imposible.

Mi propuesta pasa por exigir en la demanda la determinación del motivo que ha llevado a acudir al Juzgado y centrar el análisis en la evaluación de la capacidad de la persona para resolver la cuestión por sí misma y, en su caso, buscar a quien mejor pueda suplirla para resolver el problema, objetivo o necesidad planteados.

El procedimiento se articularía con los mismos trámites y diligencias de prueba pero la sentencia tendría unos efectos mucho más matizados que los que actualmente posee, en el sentido de que no produciría el efecto de constituir el estado o estatuto de “incapacidad”. Así, la persona mantendría la presunción de capacidad, excepto para el acto concreto en que se ha apreciado que carece de capacidad para decidir.

Esto no es completamente nuevo en nuestro ordenamiento. Así, en el caso de los internamientos involuntarios (Art. 763 de la LEC), el Juez (bien es cierto que en un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria) autoriza el ingreso de una persona contra su voluntad o sin su voluntad por estimar que se encuentra médicamente indicado, carece el enfermo de capacidad para decidir al respecto y no es desproporcionado en relación a la dolencia.

Lo que el Juez hace es una declaración de falta de autogobierno en relación con un acto concreto que no constituye a la persona en estado de incapacidad.

Así, una vez conseguidos los fines protectores pretendidos, una vez rendidas cuentas ante el Juez por la persona habilitada para suplir la capacidad de la persona "inhábil", se procedería al archivo definitivo del procedimiento.

De este modo, siendo conscientes de que el motivo que lleva a instar la demanda de incapacitación es la realización, más o menos urgente, de alguno de los actos expresados en el Art. 271 del C. Civil y que en la mayor parte de las personas la necesidad se plantea una o, a lo sumo, dos veces en toda su vida, mi propuesta es que se plantee directamente la pretensión, sin tener que hacer un pronunciamiento previo de incapacidad general y se obtenga una resolución específica referida a un acto concreto.

EN CUANTO A LA REPRESENTACIÓN

No servirían ya las figuras tradicionales de representación (tutela, curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada), sino que habría que pensar en figuras como la Asistencia y la Guarda de hecho.

Tenemos que reconocer que las figuras tradicionales de representación, de raíz romana, partían del hecho de considerar a determinadas personas (enfermos mentales, discapacitados, menores, incluso mujeres) como absolutamente inhábiles por el mero hecho de su condición. Se trataba de una atribución de inhabilidad "ab initio", de modo que la capacidad de la que eran despojadas estas personas era atribuida en bloque, sin fisuras y sin discusión, a sus representantes.

Hoy esta posición es insostenible. Desde el punto de vista legal existe una clara apuesta por la promoción de la autonomía de todas las personas discapacitadas sin excepción y es obligado adecuar las más rancias figuras de protección a una realidad que ha nacido y se está desarrollando en la "postmodernidad".

SEGUNDA OPCIÓN: (TRADICIONAL)

PROCEDIMIENTO Y DECLARACIÓN GENERÍCA DE INCAPACIDAD

Esta opción se reservaría para aquellos casos en que la persona "presuntamente incapaz" es titular de muchos intereses que obligarían a acudir al Juzgado con frecuencia para obtener sucesivas habilitaciones.

En estos casos estaría indicado el procedimiento de incapacitación clásico y el nombramiento de un tutor que supla la falta general de autogobierno del tutelado.

CARACTERÍSTICAS DE ESTE SISTEMA

En mi opinión este sistema es menos formalista que el actual, más humano, más realista, más científico, más eficaz y, sobre todo, más respetuoso con los derechos y la dignidad de las personas con Discapacidad o Trastornos Mentales, actuando al propio tiempo como un estímulo a su autonomía y autoestima.

Este planteamiento es acorde con las directrices emanadas de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999, sobre "Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados".

La aludida Recomendación hace referencia expresa al "principio de flexibilidad en la respuesta jurídica" sobre las siguientes bases:

1º.- Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.

2º.- La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

Podrían consistir, entre otras, en confiar la gestión de fondos a la administración hospitalaria, en designar representantes con poderes estrictamente limitados por las autoridades administrativas según un procedimiento simple y poco costoso.

3º.- Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.

Puede ser suficiente con la autorización por parte del mismo tribunal o de otro órgano de la intervención.

4º.- Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

5º.- Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa.
Si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado.

Y es conforme a los postulados de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el día 13 de Diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de Noviembre de 2007, habiendo sido publicado en el BOE de 21 de Abril de 2008.

En materia de capacidad es muy relevante lo dispuesto en el Art. 12 que bajo el epígrafe "Igual reconocimiento como persona ante la ley", proclama:

> **1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.**
>
> **2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.**
>
> **3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.**
>
> **4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al**

EXISTEN YA ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

Tanto desde el Real Patronato sobre Discapacidad, como por parte de CERMI (Comité Español de Reunión de las Minusvalías) y el Observatorio de la Discapacidad se está trabajando en la formulación de Propuestas de Reforma Legislativa tendentes a adecuar la actual legislación material y procesal a las exigencias de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es importante resaltar que el Proyecto de Reforma del Código de Familia de Cataluña ya contempla ya la regulación de la figura de "La Asistencia"

MIENTRAS SE PRODUCEN LAS NECESARIAS REFORMAS ¿QUÉ PODEMOS HACER?

A.- ANTES DEL INICIO DE LOS PROCEDIMIENTOS

a) Por parte del Ministerio Fiscal

En cuanto receptor de muchas comunicaciones relativas a personas con discapacidad, deberían los Fiscales, en el marco de las Diligencias Informativas que se abren con motivo de dichas comunicaciones, ponderar la necesidad de acudir a un procedimiento de incapacitación o si, por el contrario, pudiera dispensarse la protección requerida a través de otras vías.

En caso de que haya que instar un procedimiento de incapacitación, la pretensión debería limitarse a aquél o aquellos actos que han motivado la comunicación a Fiscalía.

b) Por parte de los Jueces

No es frecuente que se acuda al Juez antes de iniciar un procedimiento de incapacitación pero, si así ocurriese, es bueno saber que en esta materia tanto el Juez como el Fiscal tienen algunas facultades de asesoramiento a los particulares recogida en la Disposición Adicional Tercera, Párrafo 1º de la L.O. 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, que establece:

> "Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. **Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos….**

B.- ACUDIR A INSTITUCIONES JUDICIALES DE PROTECCIÓN AJENAS A LA INCAPACITACIÓN:

Dentro de este grupo examinaré:

> Las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el Art. 216-2 en relación con el Art. 158 del C. Civil.

Las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el Art. 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Reconocimiento judicial de la situación de Guarda de Hecho.

LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ART. 216-2 EN RELACIÓN CON EL ART. 158 DEL C. CIVIL

Hasta el año 1996 no existía, para las personas mayores de edad desvalidas, un precepto que permitiese adoptar medidas de protección urgentes, como ocurría con los menores. La solución pasó por considerar aplicables a los mayores, las disposiciones previstas para los menores en el Art. 158 del Código Civil.

Así, la L.O 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, añadió al Art. 216 del C. Civil, un segundo párrafo que dice:

> **"Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos"**

La remisión tiene sentido en relación con lo dispuesto en el Artículo 158 párrafo 3º del C. Civil que establece que el Juez, de oficio, a instancia de pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

> **"En general las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor (persona desvalida) de un peligro o de evitarle perjuicios**
>
> **Todas estas medidas podrán adoptarse <u>dentro de cualquier proceso civil o penal</u> o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria."**

De este modo se dota a los jueces (civiles y penales) de un instrumento de actuación inmediato a través del cual pueden acordarse:

Una intervención sanitaria inmediata

Una intervención social inmediata

El bloqueo de cuentas en caso de expolio patrimonial

La suspensión de un poder, etc….

En caso de que sea un Juez del ámbito penal (Juez de Guardia) el que adopte por razones de urgencia alguna medida de protección, remitirá tan pronto como sea posible el asunto al Juez del ámbito civil correspondiente (Juez de 1ª Instancia, Juez de Familia y Discapacidad), que es el naturalmente competente, para que se ocupe del seguimiento y control del mismo.

LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL ART. 762 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

A diferencia de la anterior, la actual Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil permite adoptar medidas de protección previas a la demanda.

La primera cuestión que surge es si tal previsión ha venido a derogar tácitamente lo dispuesto en el Art. 216-2 en relación con el Art. 158 del C. Civil que acabamos de examinar.

Entiendo que no y que ambas regulaciones son compatibles pues no todas las actuaciones protectoras urgentes deben conectarse necesariamente ni ser preludio de una incapacidad, como no lo es, por ejemplo, la medida de internamiento, siendo ésta una medida de protección de índole sanitaria que es objeto de una regulación expresa (Art. 763 de la LEC).

Así, habría que reservar la utilización de esta posibilidad prevista en el Art. 762 de la LEC para aquellos casos en los que, a pesar de la intervención protectora urgente, subsistan motivos para interponer la demanda de incapacitación.

Por otro lado, el hecho de utilizar esta vía no significa necesariamente que haya de interponerse la demanda de incapacitación. Ello sólo tendrá sentido cuando sea necesario o conveniente para preservar los derechos de la persona discapacitada.

Establece el Art. 762-1 de la L.E.C. que:

> **1.- Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime 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 incapacitación.**
>
> **2.- El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.**

Aunque el Art. 762-2 limita la legitimación para solicitarlas al Ministerio Fiscal, entiendo que también tendrían legitimación los familiares y guardadores.

Según dispone el Art. 730-2 II de la L.E.C., en caso de que se hayan solicitado medidas cautelares antes de la demanda, quedarán sin efecto si ésta no se presenta en los veinte días siguientes a su adopción ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas.

Entiendo que esta regla general no es aplicable a la demanda de incapacidad dado que según dispone el Art. 762-1 LEC. sólo habrá de interponerse "*si se estima procedente*".

No será procedente cuando la protección que la persona necesitaba se ha obtenido a través de la medida cautelar (Ej: Autorización para intervención quirúrgica urgente, habilitaciones a familiares o guardadores para formular denuncia, repudiar una herencia con pasivo mayor que el activo, realizar gestiones urgentes, etc...) y no se aprecie ya motivo que justifique la interposición de la demanda de incapacidad.

Tratando de incorporar al ordenamiento español la doctrina que emana del Art. 12 de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, el CERMI ha propuesto que se incluya en el Art. 762 un segundo párrafo con el siguiente tenor:

> **Podrá establecerse que determinados actos de la persona objeto de un procedimiento de modificación de la capacidad requieran la asistencia de otra que la complemente. Al establecer esta asistencia, el Juez delimitará los actos en el ámbito personal o patrimonial a los que afectará tal medida.**
>
> **La resolución judicial que la establezca será inscribible en el Registro Civil, y a partir de la inscripción surtirá efectos frente a terceros. Los actos realizados sin la asistencia regulada serán anulables.**

El Juez podrá establecer la modificación o revocación de la asistencia por haber variado las circunstancias personales de la persona sujeta a ella o que la hayan determinado. Además, se extinguirá por la sentencia que ponga fin al procedimiento.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE GUARDA DE HECHO

Lo que propongo es que se acredite la existencia de la situación de Guarda de Hecho y la bondad para el guardado del acto que se pretende realizar a través de un sencillo procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El procedimiento tendría los siguientes trámites:

a) Escrito dirigido al Juzgado de 1ª Instancia correspondiente al domicilio del guardado

No es necesario Abogado ni Procurador puesto que la pretensión trae causa de una situación regulada dentro del Título X del Código Civil y la eventual oposición de un tercero no supondría el archivo del expediente, sino que se analizaría dentro del mismo. (Disposición Adicional Tercera de la L.O. 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor)

b) Práctica de la prueba (Reconocimientos, audiencias, documentos, periciales, etc...)

c) Informe del Ministerio Fiscal

d) Auto del Juez

Tras la acreditación en su caso de lo alegado ,el Auto por el que el Juez declara que existe la situación de Guarda de hecho y habilita al guardador para llevar a cabo lo pretendido por estimar que el beneficioso para éste, representa un título que presentar al Director del Banco, al Director del Centro, al Notario, al Médico, etc....

Esta solución está funcionando bien para determinadas actuaciones que no tienen trascendencia registral. Los Notarios y los Registradores no están admitiendo la legitimación del Guardador de Hecho para otorgar escrituras y exigen la sentencia de incapacidad, lo que obliga a iniciar cientos de procedimientos de incapacidad sólo por este motivo que generalmente no se vuelve a presentar en la vida del discapacitado, del enfermo mental o del senil.

No obstante existe algo de esperanza de cambio en este punto si prospera la modificación de la Ley de Registro Civil que prevé la anotación de la situación de Guarda de hecho aunque sea con mero valor informativo.

El día 20 de Junio de 2008 se publicó en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el texto del Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de Junio de 1957 sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

En lo que a la Guarda de hecho se refiere, se propone una modificación del Art. 38 de la Ley de Registro Civil, en los siguientes términos:

> **"A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:**
>
> > **6º.- La existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz"**

En los últimos años, a la par que se afianza el reconocimiento de la Guarda de hecho como institución de protección, van proliferando las resoluciones judiciales que la defienden:

a) Algunas resoluciones judiciales se limitan a constatar la existencia de una situación de Guarda de hecho para que pueda ser exhibida frente a quien la cuestiones o demanda su acreditación.

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Córdoba de fecha 15 de Mayo de 1996 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 17/1996

PARTE DISPOSITIVA

> **"Se tiene por guardador de hecho de Dª/ a D./ y ello en tanto ostente la cualidad de Director del Centro antes referido, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario que exceda de 50.000 pts. e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa"**

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Algeciras de fecha 19 de Julio de 2002 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 25/2002

PARTE DISPOSITIVA

> **"Que estimando la solicitud presentada por D./ y Dª./ debo declarar y declaro que los mismos han venido desempeñando la función de guardadores de hecho cuyo carácter se reconoce de la menor // con todas las facultades inherentes a dicha declaración".**

Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Córdoba de fecha 6 de Junio de 2002 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 197/2002

PARTE DISPOSITIVA

> **"Se tiene por guardador de hecho de D./ a su hermano D/, debiendo rendir cuenta anual de su gestión, solicitar autorización judicial para cualquier gasto extraordinario que exceda de 300,51 Euros e informar al Juzgado de cualquier cambio de residencia de la persona en cuyo interés actúa"**

Auto del Juzgado de 1ª Instancia de Baena de fecha 9 de Mayo de 2002 recaído en Autos de Jurisdicción Voluntaria nº 55/2002

PARTE DISPOSITIVA

> **"Declaro la condición de Guardadores de Hecho del menor // de nacionalidad china y con domicilio en la C/ a D./ y a Dª./ desde el día 1 de Junio de 1995, con todas las facultades inherentes a dicha declaración".**

<u>b) En otros casos el reconocimiento y habilitación es para actos concretos</u>

Sucedió que un hombre que tenía diez sobrinos falleció dejando numerosas deudas.

De los diez sobrinos todos gozaban de plenas facultades, excepto uno de ellos que padecía un trastorno mental.

Los nueve hermanos capaces acudieron al notario para manifestar ante él su voluntad de renunciar a la herencia de su fallecido tío, puesto que les reportaba muchas más pérdidas que ganancias.

Los acreedores entonces demandaron judicialmente al hermano discapacitado que por esta razón no había podido acudir al Notario.

La solución que se dio no fue suspender el procedimiento hasta que se nombrase al discapacitado un defensor Judicial ni iniciar el procedimiento de incapacitación, sino reconocer la renuncia prestada en su nombre por su madre en su condición de guardadora de hecho del mismo.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Córdoba dictó en el procedimiento con fecha 28 de Mayo de 2002 un Auto con los siguientes

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

> **"El Art. 304 del Código Civil dispone que los actos realizados por el guardador de hecho del menor o presunto incapaz no podrán se impugnados si redundan en su utilidad.**

En el caso de autos, y tal como expone el Ministerio Fiscal en su informe, la repudiación de la herencia realizada por la madre del presunto incapaz D./ (a quien se le ha diagnosticado una esquizofrenia paranoide, por lo que, extinguida la patria potestad persiste la guarda de hecho de la misma por la misma enfermedad) debe ser aceptada toda vez que se es beneficiosa a la vista de las deudas dejadas por el difunto D./ "

PARTE DISPOSITIVA

"Se autoriza a la guardadora de hecho Dª. / para que en nombre de su hijo D/ renuncie a la herencia de su tío D/.

De esta manera y a través de este medio se ahorraron dos procedimientos. El de reclamación de cantidad que fue archivado por falta de objeto y el de declaración de incapacidad del demandado que en ese momento se encontraba perfectamente atendido por su madre.

Por su parte la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en virtud de Sentencia de fecha 13 de mayo de 2002 recaída en Autos de Menor Cuantía nº 41/2002 reconoció al Guardador de hecho legitimación para interponer la demanda de incapacidad del guardado.

B.- UNA VEZ INICIADO EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

a) Propiciar la intervención sobrevenida de asociaciones y organismos comprometidos con la defensa de los derechos de las personas con discapacidad

El Artículo 19 de la Ley 51/2003 de 2 de Diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad establece:

> **Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación.**

Entiendo que este precepto es una aplicación concreta de lo dispuesto en el Art. 13 de la LEC sobre intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados referida a entidades (Asociaciones, Fundaciones, Institutos, etc...) que tengan entre sus funciones la defensa y promoción de las Personas Discapacitadas.

“Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”

b) Ser más cuidadosos y exigentes con la práctica de la prueba

La prueba anticipada

De entre las diligencias de prueba que han de practicarse obligatoriamente, dos de ellas, el examen por el Médico Forense y el examen personal por el Juez, presentan dificultades para practicarse en el acto de la vista.

En cuanto el examen del Médico Forense, es obvio que sólo puede razonablemente

Por ello es conveniente y perfectamente posible que estas dos pruebas se realicen anticipadamente, señalando para el mismo día el examen del Médico Forense y el examen personal por el Juez al objeto de que el presunto incapaz no tuviera que desplazarse dos veces a la sede del Juzgado.

c) In dubio "pro capacidad"

Así como en los procedimientos penales la falta de prueba o la duda lleva a no declarar la culpabilidad, en los procedimientos de incapacitación la duda debería llevar a no declarar la incapacidad o limitarla a aquellos ámbitos en que ha quedado acreditada en el procedimiento.

d) Sensibilidad para las pretensiones de recapacitación

No son ya tan infrecuentes las demandas de recapacitación y han aumentado a raíz de la promulgación de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

La experiencia me dice que Jueces y Fiscales tendemos a adoptar actitudes "paternalistas" que inclinan a denegar estas pretensiones por temor a devolver a estas personas el estatuto de capacidad de obrar plena. Es usual también que el tutor o los padres se opongan.

Mi experiencia en este sentido no puede ser más gratificante. Todas las personas sobre las que insté demanda de recapacitación y les ha sido concedida, han experimentado una transformación de sus vidas al recobrar su independencia y autonomía.