

TÍTULO

LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

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

© *Fernando Santos Urbaneja*
2002

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

Publicado en:

ESTUDIOS DEL MINISTERIO FISCAL - II-2002
SEMINARIO SOBRE EXPERIENCIAS
EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

ÍNDICE

PLANTEAMIENTO

EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

A.- LEGITIMACIÓN

a) Activa:

Parientes cercanos
El Guardador de Hecho

b) Pasiva

c) Intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

d) El Ministerio Fiscal.

B.- COMPETENCIA

C.- PROCEDIMIENTO

a) Planteamiento.

b) La demanda

Contenido
Peticiones "secundum eventum litis"

c) El traslado de la demanda.

d) La contestación

e) Las medidas cautelares

Previas
Causa y motivo de la incapacitación
Coetáneas
Procedimiento

f) La prueba

Características de su admisión, práctica y apreciación.

Flexibilidad
Oficialidad
Libertad de apreciación
Acceso ilimitado a los Registros Oficiales
Reserva

Diligencia mínimas de prueba

Informe pericial
Examen personal por el Juzgador
Audiencia de parientes

Otras diligencias de prueba

Prueba anticipada

g) La vista oral.

Cuestiones previas
Práctica de la prueba
Trámite de informe

h) La sentencia

Contenido
Inscripción en los Registros

EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD

A.- PLANTEAMIENTO

B.- CUESTIONES PROCESALES

- a) Legitimación activa
- b) La prueba
- c) El desistimiento

EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

A.- PLANTEAMIENTO

B.- NATURALEZA

C.- CUESTIONES PROCESALES

- a) Legitimación
- b) Competencia para autorizar o aprobar el internamiento.
- c) Competencia para controlar el internamiento.
- d) Procedimiento - Garantías

D.- EL INTERNAMIENTO DE ANCIANOS EN RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD

E.- CONCLUSIÓN

ANEXOS

I - Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Córdoba de 12 de Marzo de 2002.

Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de Febrero de 2002

II – Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas.

LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

PLANTEAMIENTO

A través de los procedimientos civiles se examinan por lo general pretensiones de carácter privado, que afectan sólo a intereses particulares

En estos procedimientos rigen los principios dispositivo y de aportación de parte, de modo que el Juez está a merced de las decisiones que las partes puedan tomar en cuanto al contenido de sus pretensiones o al ejercicio de las mismas.

Sin embargo, algunas pretensiones particulares sobrepasan el interés meramente privado y trascienden al interés público.

Esta dualidad de intereses va a provocar que las normas o principios de enjuiciamiento propios de los procedimientos civiles vayan a ser matizados o incluso derogados por normas o principios propios de los procedimientos de carácter público, dando lugar así a una mezcla y a una tensión entre ambos cuyo resultado es un enjuiciamiento civil peculiar.

Entre estos “*procesos especiales*”, regulados en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encuentran los procesos sobre la capacidad de las personas, a saber, el procedimiento de incapacitación y el de declaración de prodigalidad.

Aunque la Ley hace un tratamiento unitario de ambos, se trata en realidad de cosas y procedimientos distintos, por lo que voy a analizarlos separadamente

EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

LEGITIMACION

A.- ACTIVA

a) Los parientes cercanos

Establece el Art. 757-1 de la L.E.C. que:

“La declaración de incapacidad pueden promoverla el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz”.

b) El Guardador de hecho

Hay que apresurarse a señalar que, a pesar de su nombre, la “Guarda de Hecho” es una institución legal del mismo rango que la Tutela y que cuenta con su propio régimen jurídico contenido en los Arts. 303, 304 y 306 del Código Civil.

El Código Civil no da un concepto de Guarda de Hecho, pero puede definirse como aquella situación en la que de manera informal y espontánea, sin tener sustento en una resolución judicial, una persona física o Institución lleva a cabo respecto de menores o personas presuntamente incapaces o judicialmente incapacitadas que carezcan de representación, funciones de amparo, ya sea en el aspecto personal o patrimonial

El reconocimiento legal de esta Institución y la delimitación de su contenido se realizó en virtud de la Ley 13/1983 de 24 de Octubre de reforma del Código Civil en materia de Tutela.

A los efectos que ahora interesan tiene especial importancia lo dispuesto en el Art. 304 que establece:

“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”

En los años siguientes al reconocimiento legal de esta figura, se discutió mucho entre la doctrina qué contenido y significado había de darse al término “**actos**”.

Se discutía si comprendía únicamente los actos de contenido patrimonial o si podían entenderse también incluidos los actos de carácter personal.

Se planteaban dudas sobre si el Art. 304 daba cobertura legal a actos de “derecho material” o si también se extendía a los “actos de carácter procesal” (demandas, denuncias, etc....)

El estudio más amplio al respecto está contenido en la monografía de ROGEL VIDE sobre esta figura

Señala este autor:

“El artículo 304 no distingue entre actos relativos a la persona y actos relativos a los bienes del tutelado, ni entre los actos meramente conservativos y los demás actos posibles”

Frente a esta situación, la doctrina se esforzó en poner de relieve que lo principal, el criterio fundamental para determinar la validez o del acto, cualquiera que sea su naturaleza es LA UTILIDAD QUE REPRESENTA PARA LOS INTERESES DEL MENOR O PRESUNTO INCAPAZ.

Así, LETE DEL RIO, en sus “Comentarios al Código Civil” señala que:

“La utilidad es un concepto relativo; como es sabido lo que es útil para unas personas puede no serlo para otras; por ello considero que, para establecer dicho concepto, habrán de utilizarse no sólo criterios objetivos y puramente económicos y patrimoniales, sino también de orden personal, el del beneficio o interés de la persona del menor o presunto incapaz.....”

Por su parte CANO TELLO en su “Estudio sobre la nueva regulación de la Tutela e Instituciones afines”, manifiesta en este punto.

“Parece indudable que la utilidad debe ser medida con un criterio amplio, no exclusivamente patrimonial, y debe ser el juez quien determine, en definitiva, si el acto redundará en utilidad del menor o presunto incapaz”

Partiendo de que la incapacitación se plantea como una medida que ha de redundar en beneficio del presunto incapaz, no encuentro dificultad para admitir la legitimación activa del Guardador de hecho.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencia de fecha 13 de Mayo de 2002 admite ha admitido la legitimación activa del Guardador de Hecho para interponer la demanda de incapacitación.

Señala la Sala en el Fundamento Jurídico Primero de la Sentencia:

“Si bien el actor, en cuanto pariente en quinto grado por línea colateral de la presunta incapaz, no se encuentra directamente legitimado ex art. 202 del C. Civil (actualmente derogado y sustituido a estos efectos por el vigente Art. 757-1 L.E.C.) para interponer la demanda de incapacitación origen de estos Autos, y es el caso que dicha norma, tanto por su propio tenor literal, como por razón de incidir en el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (Art. 10- C.E.), no debe ser objeto de interpretación extensiva alguna, pues, en última instancia y en caso de existir sólo parientes no incluíbles en el núcleo familiar estrictamente legitimado, las opciones de éstos para proteger la persona y bienes de su familiar siempre encontrarían incardinación por vía de lo dispuesto en el Art. 757- 2 y 3 de la L.E.C.

Sin embargo, no debe olvidarse que en este caso el demandante es respecto de la presunta incapaz algo más que un pariente del referido grado pues en virtud de Auto de fecha 24 de Septiembre de 1999 fue nombrado Administrador Judicial de los bienes de la hoy demandada y que, en dicha condición y con las facultades que pertinentemente se le fueron otorgando, ha ido haciendo frente a los perentorios problemas de la naturaleza más diversa que se han ido presentando.

Partiendo de tales extremos y teniendo presente lo establecido en los Arts. 303 y 304 del C. Civil, es claro que la presente demanda no es sino un acto realizado por el Guardador de Hecho, acto procesal perfectamente incluible entre “los actos” referidos en el precepto ultimamente citado “ pues donde la ley no distingue no se debe distinguir”, y que en una consideración mediata merece la calificación de útil por cuanto que, abstractamente considerado, está efectuado en interés de la presunta incapaz. Motivo, en suma, por el cual debe ser mantenido toda vez que el mismo fue realizado como acertadamente mantienen el Ministerio Fiscal y la parte demandante, desde la plataforma legitimadora que en este caso concreto permite el citado Art. 304 del C. Civil “

B.- PASIVA

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren será defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un Defensor Judicial a no ser que estuviere ya nombrado (Art. 758)

Cuando es el Fiscal el promotor del procedimiento se hace necesario nombrar al presunto incapaz un “Defensor Judicial”, esto generalmente retrasa el procedimiento pues hay que buscar posibles defensores (generalmente dentro de la familia) y valorar su idoneidad. Finalmente el Defensor designado tendrá que acudir a un abogado o solicitar que se designe un Letrado del turno de oficio.

En algunas territorios existe un práctica que simplifica enormemente esta cuestión. En cuanto un presunto incapaz necesita ser provisto de Defensor Judicial, se remite oficio Colegio de Abogados para que designe para tal función a un letrado del turno de oficio.

En otros Juzgados se concede a los familiares un plazo para que propongan un Defensor y si no hacen se libra oficio al Colegio de Abogados.

Se trata de una solución no contemplada por la Ley pero en modo alguno prohibida que, a la postre resulta beneficiosa para el presunto incapaz pues se le proporciona de forma pronta y sencilla un Defensor-Abogado que vele por sus intereses.

Sería bueno que todos lo Colegios de Abogados prestasen esta colaboración.

C.- INTERVENCION DE SUJETOS ORIGINARIAMENTE NO DEMANDANTES NI DEMANDADOS

La previsión general contenida en el Art. 13-1 de la Ley puede dar mucho juego en este procedimiento

Establece este precepto:

*“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**”*

Por esta vía, se puede permitir la intervención en el procedimiento y con plenitud de facultades procesales (Art. 13-3) a aquellos familiares o guardadores de hecho que no han puesto la demanda pero que tienen pretensiones distintas a las del demandante y cuya posición procesal, hasta ahora, se limitaba a “*ser oídos*”, pero no podían proponer prueba, plantear incidentes, recurrir la sentencia, etc...

No es infrecuente que los familiares discrepen sobre la existencia de causa de incapacidad y sobre la persona más adecuada para ejercer la tutela sobre todo cuando el incapaz cuenta con un patrimonio apreciable o cuando por vía testamentaria se han previsto ventajas y mejoras para quien desempeñe el cargo de tutor.

Entiendo que, en estos casos, puede existir ese “interés legítimo y directo” que exige el Art. 13 de la L.E.C. para proporcionar legitimación permitiendo de ese modo al interesado defender autónomamente sus propuestas y pretensiones.

DELGADO LÓPEZ tiene en este punto una postura restrictiva, considerando que sólo el presunto incapaz puede tener interés directo en su incapacitación y que ningún tercero puede tener interés directo en el sentido del Art. 13 de la L.E.C.¹ y, de modo certero, advierte que la intervención de terceros podría dar ocasión para vulnerar el derecho a la intimidad del presunto incapaz, en cuanto que, en su condición de parte, el tercero tendría acceso a todos los informes y documentos obrantes en la causa relativos a aquél.

D.- EL MINISTERIO FISCAL

El Fiscal es siempre parte necesaria (Art. 749-1)

¹ “Algunas cuestiones relativas al proceso de incapacitación y al expediente de tutela en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” Ponencia presentada en el Seminario organizado por el Centro de Estudios de la Administración de Justicia sobre Protección de Incapaces – Madrid, 24, 25 y 26 de Junio de 2002.

a) Legitimación activa

No la tiene cuando se trata de menores de edad (Art. 757-4)

La razón hay que buscarla en el deseo de proteger la vida familiar evitando injerencias externas en el ejercicio de la patria potestad.

Pero ¿ Qué ocurre si los padres no actúan como se espera de ellos, si no asumen las funciones tuitivas que tienen encomendadas ?

Para DELGADO LÓPEZ, más allá del tenor literal de la ley, la interpretación social y lógica del precepto llevaría a otorgar legitimación al Ministerio Fiscal para interponer la demanda de incapacitación en aquéllos casos en los que los padres no quieran o no puedan asumir sus funciones.

Se plantea como obligatoria (deberá) cuando los parientes cercanos no existieran o no la hubieren solicitado.

Entiendo que esta obligatoriedad tiene que ser matizada e interpretada. El Fiscal ha de valorar en cada caso si existe “causa” y “motivo” de incapacidad.

La Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado sobre “Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles” señala:

*“La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, realizada por cualquier otra persona conforme a lo previsto en el Art 757.3, **no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, sino que deberá analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda.***

Esta conclusión queda confirmada “a fortiori” por el Art. 762-1, que dispone que el Fiscal, cuando la Autoridad Judicial haya puesto en conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente”

b) Legitimación pasiva

Salvo que haya promovido la incapacitación, el Fiscal intervendrá en el procedimiento como demandado, con independencia de que el presunto incapaz se haya o no personado (Art. 758 segundo inciso)

COMPETENCIA

Serán competentes para conocer de las demandas sobre capacidad, el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite. (Art. 756).

Dado que no es infrecuente que personas “presuntamente incapaces” (ancianos seniles, discapacitados psíquicos, etc...) residan habitualmente en Centros o Residencias, el Juez de 1ª Instancia correspondiente a este territorio será el competente para conocer de la demanda.

Este el criterio acogido por la Consulta 6/1997 de la Fiscalía General del Estado sobre “Criterio determinante de la competencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal”.

En caso de residencia plural, (vuelta al domicilio familiar el fin de semana) puede evaluarse cual sea el domicilio más conveniente a efectos de determinar la competencia territorial.

PROCEDIMIENTO

A.- PLANTEAMIENTO

Establece el Art. 753 que:

*“Salvo que expresamente se disponga otra cosa, estos procesos se sustanciarán por los **trámites del juicio verbal**”.*

La alusión al juicio verbal puede inducir a engaño, pues este juicio está asociado en la conciencia de los profesionales a la sencillez y simplificación de trámites, concentrándose en el acto de la vista el planteamiento de las principales cuestiones.

Pero el Art. 753 añade:

“Pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley”.

Este precepto hace que la sencillez del procedimiento sea relativa, más aparente que real.

B.- LA DEMANDA – TRASLADO DE LA DEMANDA Y CONTESTACION

a) La demanda

El Art. 753 dice que el escrito de contestación se formalizará conforme a lo establecido en el Art. 405.

Pero el Art. 405 remite a su vez al Art. 399

“En la contestación a la demanda, que se redactará en la forma prevenida para ésta en el Art. 399....”

Por ello entiendo que no rige en este procedimiento lo dispuesto en el Art. 437 sobre forma de la demanda en el juicio verbal (*demanda sucinta en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida*), sino lo dispuesto en el Art. 399.

b) las peticiones “secundum eventum litis”

Establece el párrafo 5º del Art. 399 que:

*“En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación.
Las peticiones formuladas subsidiariamente para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente”.*

El precepto recoge la posibilidad de realizar peticiones subsidiarias tan sólo para el caso de que las principales fuesen *“desestimadas”*, pero creo que no habría grave dificultad para admitir esta posibilidad incluso para el caso de que las principales fuesen *“estimadas”*

En el ámbito de la incapacidad, el desencadenante del procedimiento es, con frecuencia, la necesidad de realizar un acto concreto que el incapaz no puede realizar por sí mismo (vender un bien, concertar un préstamo, interponer una demanda, etc..) y para los que el tutor o representante va a necesitar autorización judicial (Art. 166 o 271 del Código Civil)

Antes de la Ley 1/2000 para conseguir esto era necesario seguir tres procedimientos:

- a) Declaración de incapacidad.
- b) Expediente de nombramiento de tutor una vez firme la sentencia de incapacidad (en los casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada el nombramiento se hacía en la propia sentencia).
- c) Expediente para obtener el tutor o representante la preceptiva autorización judicial para llevar a cabo el acto.

La Ley 1/2000 permite expresamente acumular a la petición de incapacidad (para el caso que fuese estimada) el nombramiento de tutor.(Art. 760-2 en relación con el Art. 759-2).

La cuestión que ahora se plantea es si se puede acumular en el mismo proceso a las peticiones de declaración de incapacidad y nombramiento de tutor, la petición de autorización para llevar a cabo los actos previstos en los Arts. 166 y 271 del Código Civil.

Entiendo que tal posibilidad existe por las siguientes razones:

a) La posibilidad está legalmente prevista para algunos supuestos como la esterilización:

Dispone el Art. 156 en su último párrafo:

*“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, **haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria , tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”***

b) La posibilidad, en cuanto simplifica trámites, puede considerarse beneficiosa para los interés del presunto incapaz, criterio rector en esta materia que permitiría una cierta flexibilidad de las exigencias formales.

Como es obvio, tal posibilidad estaría condicionada al cumplimiento de las exigencias formales en el planteamiento de las pretensiones y en la acreditación en el procedimiento de los hechos y presupuestos que la ley exige en cada caso para otorgar la autorización (Ej. Art. 2012 L.E.C. 1881)

c) El traslado de la demanda

El Art. 753 contiene una manifestación del principio de oficialidad (se dará traslado de la demanda a quienes deban ser parte en el procedimiento hayan sido o no demandados).

Esta previsión apenas dará juego en el procedimiento de incapacitación en el que la legitimación pasiva es clara por lo que las demandas no suelen incurrir en omisiones en este sentido.

d) La contestación

Debe cumplir la exigencias del Art. 405, pues así lo establece el Art. 753 (conforme a lo establecido en el artículo 405)

e) Restricciones sobre la disponibilidad del proceso

Establece el Art. 751-1 que:

“ En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”

C.- LAS MEDIDAS CAUTELARES

Pueden ser tanto previas como coetáneas al procedimiento

a) Previas

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.

Lo anterior debe ser puesto en relación con lo dispuesto en el Art. 216-2 del Código Civil que faculta al Juez para adoptar ya sea de oficio o a instancia de parte, las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, en todos los supuestos de tutela o guarda de hecho o de derecho de incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

El Art. 158 del Código Civil permite al Juez adoptar.....”Las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al (incapaz) de un peligro o de evitarle perjuicios.

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.

Al Juzgado que ha conocido sobre la petición de medidas cautelares correspondería el conocimiento de la demanda principal si esta llegara a formularse, pues no existe obligación de hacerlo ni para el Fiscal (si estima que no es procedente), ni para los particulares.

Son varias la causas por las que, tras la adopción de una medida cautelar, pueda considerarse innecesario instar la demanda de incapacidad:

a) Porque la adopción de la medida ha servido para recuperar la capacidad (Ej: Internamiento involuntario)

b) Porque la protección que el presunto incapaz requería se ha logrado plenamente con la medida (Ej: Autorización para intervención quirúrgica urgente)

En el fondo late la distinción entre “causa” y “motivo” de la incapacitación

LA CAUSA

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 sí misma”.

Durante años, para realizar el juicio sobre la incapacidad de una persona hemos atendido y evaluado sólo la primera parte del Art. 200 del C. Civil

“Padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico”

Este dato, nos lo proporciona un certificado médico que contiene el diagnóstico y características del padecimiento.

Se trata de una información abstracta no individualizada que toma como base las clasificaciones de enfermedades y trastornos comúnmente aceptadas.

Pero se nos ha olvidado con frecuencia analizar la segunda parte del enunciado del artículo 200 C.C.

“Que impidan a la persona gobernarse por sí misma”

Ello exige un análisis individualizado de cada persona y de las concretas circunstancias en que desenvuelve su vida esa persona.

No se puede establecer una equivalencia entre diagnóstico y falta de autogobierno pues cada caso es distinto.

Esta falta de sintonía entre diagnóstico y autogobierno es aún mayor en nuestros días pues el aprendizaje, los avances médicos, el auxilio de medios técnicos, etc... han dotado de habilidades o posibilidades de gobierno a muchas personas que padecen discapacidad o trastornos mentales.

En mi trabajo sobre *“Posición del Fiscal: Fundamento de su actuación”* quise poner de relieve esta idea en los siguientes términos:²

“Antes de interponer la demanda el Fiscal debe saber si concurren los requisitos del Art. 200 C.C. que son fundamentalmente dos:

Primero: *Si la persona sufre una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente.*

Segundo. *Si ello le impide gobernarse por sí misma*

Lo primero nos lo dice el DIAGNOSTICO que es juicio médico más o menos abstracto en función de determinadas categorías aceptadas con generalidad e incluso publicadas por Instancias médicas u Organismos Internacionales.

Lo segundo obliga a un examen individualizado de la persona concreta en sus circunstancias concretas para saber si en este contexto la enfermedad o deficiencia diagnosticada es inhabilitante o por el contrario permite a aquélla gobernarse por si misma.

De estos dos requisitos se ha venido dando al primero una enorme importancia hasta el punto de que existe la tendencia muy generalizada a identificar INCAPACIDAD Y DIAGNOSTICO y a “dar por supuesto “ que la dolencia psíquica persistente impide a la persona gobernarse por si misma basándose en intuiciones o incluso prejuicios que asocian la enfermedad o la deficiencia mental con la inhabilidad más o menos absoluta.

² Estudios del Ministerio Fiscal nº VII/1999, Pag 24...ss

Esto, en la mayoría de los casos, no responde en absoluto a la realidad.

En cualquier caso creo que del Art. 200 C.Civil se desprende que LA INCAPACIDAD ES ALGO MAS QUE UN DIAGNOSTICO, ES TAMBIEN UN CONCEPTO CIRCUNSTANCIAL

...//...

Es preciso que el Fiscal conozca a la persona concreta con nombre y apellidos frente a la que se plantea una actuación incapacitadora.

De acuerdo con lo ya señalado será preciso conocer:

EL DIAGNOSTICO como punto de partida

LAS CIRCUNSTANCIAS QUE CONCURREN EN LA MISMA y que permitirán tomar una decisión sobre si se encuentra capacitada para el gobierno de su persona o bienes a pesar de la dolencia que sufra.

Lo primero que hay que determinar es lo que la persona NECESITA HACER ORDINARIAMENTE para atender sus asuntos, para sentirse bien, para autorealizarse, para ser feliz.

Lo segundo, es determinar, LO QUE PUEDE HACER POR SI MISMA para conseguir estos objetivos

NECESIDAD DE HACER ORDINARIAMENTE

POSIBILIDAD DE HACER POR SI MISMA
O DE PROCURARSE POR SI MISMA

Si existe alguna/s cosa/s que la persona enferma, discapacitada o senil necesite ordinariamente hacer y no pueda realizarla por sí misma o procurársela por sí misma, esta será su zona de falta de autogobierno, su zona de incapacidad.

EL MOTIVO

Es una evidencia, que como ocurre casi siempre, es difícil de percibir.

El motivo de la incapacitación no puede ser otro que el beneficio e interés de la persona que se pretende incapacitar, un incremento en su protección.

Este beneficio puede ser:

** La consecución de mejores condiciones de vida en cuanto a recursos y prestaciones sociales, sanitarias, etc...*

** Poner fin a situaciones de riesgo personal o patrimonial.*

** Poner fin a situaciones de desamparo.*

Toda persona declarada incapaz debe estar más y mejor protegida después de la sentencia que antes, o tener unas mejores expectativas tras la declaración de incapacidad, pues, si no es así, ésta carecería de razón de ser.

La incapacitación, en cuanto procedimiento, es siempre una perturbación y en algunas ocasiones es vivida con gran aflicción por los enfermos, discapacitados o seniles.

Este sufrimiento sólo estaría justificado por la consecución de un bien o ventaja superior.

Ocurre, sin embargo, que en muchas ocasiones la utilidad principal de la incapacitación no es para el enfermo o discapacitado, sino para terceros (Ej: que tienen necesidad de vender que el incapaz comparte en condominio con los hermanos, etc...) y en otras muchas ocasiones la consecución de lo pretendido no requiere la declaración de incapacidad (Asistencia social, sanitaria, etc...)

Si tomamos como ejemplo la situación de un anciano que se encuentra en la última fase de Alzheimer, perfectamente atendido por su familia que le proporciona todo lo que necesita, nadie podrá negar que existe **“causa”** de incapacitación, en cuanto que concurren todos los requisitos del Art. 200 del C.Civil, sin embargo la demanda carecería de **“motivo”**, porque tras la sentencia la situación del anciano permanecería invariable en lo tocante a su protección real convirtiéndose la declaración de incapacidad en un mal innecesario.

En suma, sólo procedería la declaración de incapacidad cuando “la causa” fuera acompañada de “un motivo”.

Este motivo debe ser:

Acceptable, en cuanto que repercuta en protección y bienestar del presunto incapaz y sea conforme a sus intereses

Son inaceptables los que buscan su perjuicio.

Es alarmante el incremento de demandas motivadas por desacuerdos entre padres e hijos o entre hermanos sobre cuestiones patrimoniales, conflictos que pretenden resolverse neutralizando la oposición de quien se dice es un "presunto incapaz", mediante su declaración de incapacidad.

No es infrecuente que en estos casos no se aporte con la demanda ningún principio de prueba o éste sea poco significativo.

El proceso, en sí mismo, se convierte en una presión para doblegar al voluntad del demandado.

Debe tener cierta concreción.

Debe estar conectado a una situación de necesidad presente o sobre la que sea verosímil que pueda plantearse en un plazo no muy lejano.

Incapacitar "*por sí acaso surge la necesidad*", cuando esta se juzgue poco probable no es una buena práctica.

Debe expresarse en la demanda, para poder evaluarlo.

Señalar por último que las medidas cautelares previas funcionan en buena medida como diligencias preliminares y permiten aclarar situaciones que en ocasiones parecen lo que no son.

b) Coetáneas

Establece el Art. 762-2 II que:

"Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación"

c) Procedimiento

El procedimiento general para la adopción de medidas cautelares se encuentra regulado en los Arts. 730 ...ss, donde se establece que ..."*Como regla general el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.....salvo cuando el solicitante pida y acredite que concurren razones de urgencia, en cuyo caso el tribunal podrá acordarlas sin más trámites*" (Art. 733)

En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares (Arts. 739 y ss)

Lo normal es que”*Recibida la solicitud, el Tribunal.....convoque a las partes a una vista que se celebrará dentro de los diez días siguientes....en la que el actor y el demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho sirviéndose de cuantas pruebas dispongan.....(Art. 734)*

“Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares” (Art. 735-1)

D.- LA PRUEBA

a) Características de su admisión, práctica y apreciación.

FLEXIBILIDAD

*“Los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, **con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento**” (Art. 752- 1 L.E.C.)*

PRINCIPIO DE OFICIALIDAD EN LO RELATIVO A LA APORTACION DE PRUEBA

*“ Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, **el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes**” (Art. 752-2 L.E.C.)*

Esta facultad sobrepasa ampliamente el limitado campo de las “Diligencias para mejor proveer” denominadas en el nuevo texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil “Diligencias Finales”

Establece el Art. 435-2:

*“**Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.***

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias o motivos.”

AMPLIA LIBERTAD EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA

“La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria.

Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos” (Art. 752- 2)

Los Arts. 307, 319 y 326 de la L.E.Civil señalan la fuerza probatoria que la Ley atribuye al interrogatorio de las partes, los documentos públicos y los documentos privados, respectivamente.³

³Artículo 307. Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales

1.- Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, se le apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

2.- Cuando las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.

Art. 319. Fuerza probatoria de los documentos públicos

1.- Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acato o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.

2.- La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter.

En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado.

Art. 326. Fuerza probatoria de los documentos privados

1.- Los documentos privados harán prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique.

ACCESO ILIMITADO A DATOS CONTENIDOS EN REGISTROS OFICIALES

Buen ejemplo de lo anterior es el Art. 113 de la Ley General Tributaria que establece que:

“Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizadas para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:

.....

f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público

Hay que señalar que en virtud de Resolución de 23 de Junio de 1998 de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se han creado las Oficinas de Comunicación con los Juzgados y Tribunales de Justicia en el ámbito de las Delegaciones de la Agencia y se regula su funcionamiento

RESERVA EN LA PRACTICA DE LA PRUEBA

Establece el Art. 754:

“En los procesos a que se refiere este título podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del Art. 138 de la presente Ley”⁴

⁴ Establece el Art. 138:

1.- Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución, se practicarán en audiencia pública.

2.- Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

3.- Antes de acordar la celebración a puerta cerrada de cualquier actuación, el tribunal oír a las partes que estuvieran presentes en el acto.

b) Diligencias mínimas de prueba

Establece el Art. 759 de la L.E.C. que:

1.- En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del incapaz, examinará a este 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.

Nunca se decidirá sobre la incapacitación de una persona sin previo dictamen pericial médico acordado por el Tribunal.

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

3.- Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

AUDIENCIA DE PARIENTES

Por su cercanía pueden dar noticia amplia sobre la situación del incapaz y sobre el grado de autonomía que tiene en los distintos ámbitos en que desenvuelve su vida.

EXAMEN PERSONAL DEL PRESUNTO INCAPAZ

Permite al Juez apreciar de primera mano la situación del presunto incapaz

LOS DICTAMENES PERICIALES

Normalmente el dictamen pericial lo emitirá el Médico Forense previo reconocimiento en la clínica de la persona. Ello no quiere decir que puedan aportarse informes de otros facultativos, lo cual será muy conveniente en casos dudosos o de difícil apreciación.

La resolución adoptará la forma de auto y contra ella no se admitirá recurso alguno, sin perjuicio de formular protesta y suscitar la cuestión, si fuere admisible, en el recurso procedente contra la sentencia definitiva.

La ley considera el dictamen pericial médico como absolutamente imprescindible para decidir sobre la incapacitación.

Así el Art. 759-1 establece en su último inciso que:

“Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico acordado por el tribunal”

¿ Quiere decir esto que se podría prescindir de las demás pruebas ?

Es claro que no, pero permitiría dar solución a algunos supuestos excepcionales en los que existe una grave dificultad para llevar a cabo la audiencia de los parientes más próximos (Ej: cuando se encuentran en el extranjero) o el examen personal por parte del Juez.

c) Otras diligencias de prueba

Audiencia de personas allegadas (vecinos, amigos, etc...)

Pueden también ser oídas a través sus representantes legales las Asociaciones, Federaciones y Fundaciones relacionadas con la Discapacidad, la Enfermedad Mental o la Senilidad, pues nadie como ellas se encuentra en condiciones de explicar al ámbito judicial cual es la realidad de estas personas, muchas de ellas acogidas en sus Centros o usuarias de sus instalaciones.

En cuanto a los facultativos que ordinariamente atienden al presunto incapaz, si media entre ellos una especial relación de afecto y confianza (frecuente en caso de enfermos mentales), no considero conveniente que declaren como peritos pues es obligación de estos el actuar con la mayor objetividad posible.

Es mejor que declaren como testigos pudiendo alegar ante el Juez su deber de guardar secreto en los términos previstos en el Art. 371 de la Ley cuando se interrogue sobre cuestiones confidenciales que el paciente no ha autorizado a difundir.

d) 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 practicarse en la clínica forense con la debida reserva pudiendo requerir una o varias sesiones.

Ello con independencia de que, si alguna de las partes lo solicita, deba acudir al acto de la vista a exponer y razonar su informe.

En cuanto al reconocimiento personal por parte del Juez, el formato de la vista, con el tribunal constituido no es el marco más adecuado para llevar a cabo la prueba.

Sería conveniente que estas dos pruebas se realizaran 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.

LA VISTA ORAL

A.- CUESTIONES PREVIAS

Establece el Art. 443:

1.- La vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos con la demanda si ésta se hubiera formulado conforme a lo previsto en el juicio ordinario (Este sería el caso tratándose de demandas de incapacidad de acuerdo con lo expuesto al tratar la forma de la demanda)

2.- Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la acumulación de acciones que considerase inadmisibles, así como a cualquier otro hecho circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

El demandado no podrá impugnar en este momento la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en el artículo 64 de la presente Ley, sin perjuicio de lo previsto sobre apreciación de oficio por el tribunal de su falta de jurisdicción o competencia.

3.- Oído el demandante sobre las cuestiones a que se refiere el apartado anterior, así como las que considerase necesario proponer acerca de la personalidad y representación del demandado, el tribunal resolverá lo que proceda y si manda proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga.

4.- Si no se suscitasen las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, suscitadas, se resolviese por el tribunal la continuación del juicio, se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiese conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente.

La proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429.

B.- PRACTICA DE LA PRUEBA

En materia de prueba y presunciones será de aplicación lo dispuesto en los capítulos V y VI del Título I del Libro I

C.- TRAMITE DE INFORME

A diferencia de lo que ocurre en el juicio ordinario (Art. 433-2) en el juicio verbal la ley no alude al trámite de conclusiones:

Establece el Art. 447-1:

“Practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes”

Entiendo que la omisión es un olvido del legislador y no un reflejo de su voluntad, pues resulta absurdo que después de practicada la prueba no exista un trámite para fijar de modo definitivo las pretensiones y para justificar y argumentar lo solicitado.

LA SENTENCIA

a) Contenido

Establece el Art. 760

1.- *La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta así como el régimen de tutela o guarda a que haya dice quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará en su caso, sobre la necesidad de internamiento sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 763.*

2.- En el caso al que se refiere el apartado 2 del artículo anterior (cuando se haya solicitado en la demanda el nombramiento de la persona o personas que hayan de representar y asistir al incapaz), si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacidad o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.

En consonancia con lo ya señalado al hablar del contenido de la demanda y de las peticiones “secundum eventum litis” entiendo que, por las razones allí expresadas, la sentencia podría tener un mayor contenido

Es paradigmática en este sentido la Sentencia de fecha 12 de Marzo de 2002 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Córdoba (Ver ANEXO I) en virtud de la cual:

- a) Se declara la incapacidad.
- b) Se nombra tutor.
- c) Se autoriza a ése a vender un inmueble propiedad del incapaz.
- d) Se dispensa al tutor de ejecutar la venta en pública subasta.

b) Inscripción de la sentencia en el Registro Civil y demás Registros Públicos

Establece el Art. 755:

“Cuando proceda, las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este título se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro Público a los efectos que en cada caso procedan”

EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PRODICALIDAD

PLANTEAMIENTO

Tanto la prodigalidad como el proceso previsto para declararla son distintos a la incapacidad y al proceso de incapacitación aunque la regulación unitaria que la Ley hace de ambas situaciones induzca a establecer un cierto paralelismo

En sentido coloquial se entiende por “pródigo” a la persona que gasta desordenada e injustificadamente.

El concepto jurídico de prodigalidad es mas complejo. Tradicionalmente se definía como “la conducta socialmente condenable de la persona que de modo habitual pone en riesgo su patrimonio en perjuicio de su familia más íntima” (LETE DEL RÍO)

Son notas del concepto jurídico de prodigalidad:

a) La conducta desordenada y ligera, no meramente desacertada o desafortunada.

b) La habitualidad.

c) la existencia de familiares que puedan resultar perjudicados por la conducta del pródigo.

d) Que la causa de tal comportamiento no sea un trastorno o enfermedad mental que pueda incluirse en el Art. 200 del C. Civil (Ej: Psicosis maniaco-depresiva, trastorno bipolar, etc...) pues en estos casos la conducta es un síntoma o consecuencia de la enfermedad y procedería solicitar, en su caso, la declaración de incapacidad.

Lo que el pródigo tiene afectado no es el entendimiento, sino la voluntad como ocurre en todas las adicciones. El pródigo tiene el juicio de la realidad perfectamente preservado. Incluso, en ocasiones, decide resueltamente controlarse, pero no puede hacerlo, no puede “no gastar” o no persevera en el control.

e) También puede producirse prodigalidad “por omisión”, en aquellos casos en que la persona desatiende el cuidado de su patrimonio al que deja improductivo, no reivindica las expoliaciones o incumple las obligaciones legales y administrativas que, a la postre, van a provocar embargos y finalmente, la pérdida de la propiedad.

Hay que señalar que, en estos casos, la solución de la curatela tal y como está concebida en nuestro ordenamiento no resuelve el problema.

La curatela está pensada para la persona hiperactiva que genera múltiples operaciones cuya validez se supedita a la intervención del curador (Art. 288 C. C.) Este no toma las iniciativas, sino que controla las adoptadas por el pródigo. En los casos de pasividad, cuando lo que se necesita es tomar medidas, el curador se ve impedido de hacerlo pues tendría, no que completar la capacidad del pródigo, sino “suplirla”, pero para esto hace falta ser tutor y la tutela de los pródigos no está legalmente prevista.

CUESTIONES PROCESALES

LEGITIMACIÓN ACTIVA

Dispone el Art. 757 – 5 de la L.E.C. que:

“La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presuntó pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal”

Del anterior precepto se deduce:

1º.- Que si el dilapidador no tiene alimentistas no podrá pretenderse la declaración de prodigalidad por muy habitual y desordenada que sea su conducta y por muy grave que sea el riesgo de que llegue a una ruina total, de lo cual se deduce que la declaración de prodigalidad no tiene como finalidad directa y esencial el proteger al pródigo, sino a sus familiares más próximos (LETE DEL RÍO).

2º.- Que sólo tienen legitimación los familiares próximos que en el momento de producirse la conducta atentatoria contra el patrimonio, se encuentren en situación de necesitar alimentos o de pasar a necesitarlos.

Establece el Art. 142 del Código Civil, que se entiende por alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”. De este modo, los familiares que gozasen de una posición económica desahogada, no tendría legitimación para solicitar la declaración de prodigalidad en cuanto que “ no perciban alimentos del presunto pródigo o no se encuentren en situación de reclamárselos”.

Esta doctrina aparece recogida en la STS de 17 de Diciembre de 1996 que sostiene que la situación de necesidad debe ser actual porque a partir de la reforma de 1983 la prodigalidad no defiende las expectativas hereditarias de los herederos forzosos quienes ya no tendrían derecho a controlar la forma en que administra, gasta o malgasta el patrimonio la persona a quien hipotéticamente, de llegar el caso podrían reclamar alimentos.

GUILARTE MARTÍN-CALERO desde una postura más tradicional critica la solución a la que llega esta sentencia.

Por su parte ECHEVARRÍA DE RADA⁵, entiende que las palabras de Tribunal Supremo deben interpretarse en el sentido de que para iniciar un procedimiento de estas características, no es suficiente ser alimentista, sino que ha de existir una “causa petendi”, es decir, una conducta del presunto pródigo que ponga en peligro la subsistencia de aquéllos.

PRUEBA DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD

La ley no recoge ninguna de modo expreso y no son las del Art. 759-1 pues éstas corresponden al procedimiento de incapacitación.

Así las cosas, para acreditar la situación de prodigalidad habrá que emplear los medios ordinarios de prueba (Art. 299 L.E.C.) sin que la ley establezca la realización de ninguna de modo obligatorio.

⁵ “Reflexiones en torno al alcance de la declaración de prodigalidad en el ámbito personal y patrimonial – Boletín del Ministerio de Justicia nº 1817 (15 de Marzo de 1998)

EL DESISTIMIENTO

No requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, salvo que existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento (Art. 751-2-1º

EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

PLANTEAMIENTO

Como consecuencia necesaria de lo dispuesto en el Art. 17 – 1 de la C. E. (Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley) y tras un amplio debate entre psiquiatras y juristas, se produjo en 1983 la regulación del internamiento involuntario plasmada en el hoy derogado Art. 211 del C. Civil.

El sistema, pensado fundamentalmente para los enfermos mentales, conllevaba una intervención judicial al inicio, cuando se planteaba o se adoptaba la medida (autorización en el internamiento ordinario o aprobación en el urgente), mientras que el alta se entendía que era una cuestión exclusivamente médica que habría que comunicar al Juez, pero sobre la que éste carecía de capacidad de decisión.

El funcionamiento del sistema requería la colaboración y coordinación de muchas personas e instituciones (Sistema Sanitario, Judicial, Fuerzas de Orden Público, Familiares, etc...) por lo que durante bastantes años dio lugar a muchas disfunciones.

De los problemas prácticos que provocó la materialización del internamiento involuntario me ocupé en el año 1994 en el trabajo titulado “ EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO: PROBLEMAS QUE PLANTEA EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO”⁶

Algunos de estos problemas aún subsisten pero en mucha menor medida y a ello han contribuido decisivamente los protocolos de actuación que se han ido confeccionando en los distintos territorios y que han servido para propiciar la necesaria coordinación interdisciplinar e interinstitucional

Así estaban las cosas cuando se publicó el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo Art. 765 contenía una disposición que suponía el fin del sistema instaurado en 1983 puesto que sometía también a decisión judicial el alta médica.

Establecía el texto proyectado:

***“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, lo comunicarán inmediatamente al tribunal, para que resuelva lo procedente*”**

⁶ Ponencia presentada en el Curso organizado por la Fiscalía General del Estado sobre “Privaciones de libertad fuera del proceso penal” y publicada en los Estudios del Ministerio Fiscal nº III – 1995 Pags, 161...ss

La propuesta dividió a juristas y psiquiatras y finalmente no prosperó de modo que el Art. 763 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil mantuvo el modelo de 1983 con algunas novedades y mejoras técnicas

NATURALEZA DEL INTERNAMIENTO

El internamiento es una medida sanitaria que por afectar a derechos fundamentales es sometida a un procedimiento y a la salvaguarda de la autoridad judicial.

Nunca debe de perderse de vista que el punto de partida ha de ser siempre una decisión médica. El Juez no puede suplantar esta decisión porque no es Médico.

CUESTIONES PROCESALES

PLANTEAMIENTO

Las más de las veces el internamiento es una medida cautelar que se plantea o se adopta antes o durante el procedimiento.

Se trata de una medida cautelar que cuenta con una regulación propia y específica en el Ley.

No será medida cautelar cuando la solicite el tutor (Art. 271-1 C.C.) existiendo no obstante amplio consenso en que en este caso el procedimiento aplicable no sería el genérico previsto en el Art. 273 del C.Civil, sino también el previsto en el Art. 763 de la LEC.

LEGITIMACIÓN

Cualquier persona con interés legítimo puede solicitar el internamiento involuntario, ya sea familiar o no (amigos, vecinos, etc...).

Puede hacerlo el Ministerio Fiscal.

El Juez puede autorizarlo también de oficio (Art. 762-1 L.E.C.), en situaciones de urgencia y siempre que medie indicación médica y se cumplan las garantías del procedimiento.

COMPETENCIA PARA AUTORIZAR O APROBAR EL INTERNAMIENTO

a) En caso de internamientos no urgentes, será Juez competente el del domicilio del enfermo.

b) En caso de internamientos urgentes, será Juez competente el del lugar en el que radique el Centro en el que se ha producido el internamiento.

COMPETENCIA PARA CONTROLAR EL INTERNAMIENTO

Vigente el Art. 211 del C. Civil, la revisión semestral de los internamientos debía hacerse siguiendo el mismo proceso que para su autorización o aprobación, lo que incluía el examen personal por parte del Juez.

En este punto el Art. 763 de la LEC contiene una novedad pues establece:

4.- 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.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

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.

El hecho de que ahora la revisión haya de realizarse fundamentalmente en base a informes escritos y no contemple expresamente la práctica de examen personal por el Juez, ha llevado a que se defienda que la competencia para la revisión no deba ser ya del Juez del lugar en el que radique el Centro, sino del Juez que autorizó o aprobó el internamiento, aunque el enfermo se encuentre ingresado fuera de su partido judicial.

En este sentido la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 1 de Octubre de 2001, establece en su FUNDAMENTO JURÍDICO ÚNICO:

“Tanto el Tribunal supremo como la Fiscalía General del Estado, han venido manteniendo, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la pérdida de competencia del Juzgado que acordó internamiento involuntario respecto del control y vigilancia del citado internamiento, cuando la persona interesada se ingresase en un Centro perteneciente a otro partido judicial.

La razón de ello estribaba en que el Juez más próximo era el que se encontraba en mejores condiciones de prestar la tutela y garantías prevista en el Art. 211 para el control del internamiento, pues este control exigía proceder del mismo modo y con idénticas garantías que para la inicial autorización, a saber, examen personal por parte del Juzgador y dictamen de un facultativo.

Esto sufre un cambio con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, conforme a su Art. 763, el control debe realizarse sobre la base de los informes que los facultativos que atiendan al interno deben remitir periódicamente al Tribunal, sin perjuicio de los demás informes que éste pueda requerir o de la realización de las actuaciones que estime pertinentes.

No hay, pues ya motivo para que el Juzgado que autorizó o aprobó el internamiento pierda la competencia cuando la persona sea internada en un Centro que radique fuera del partido judicial, evitándose además, de este modo, peregrinajes competenciales en el seguimiento, cuando por cualquier motivo sea necesario cambiar de Centro al internado.”

PROCEDIMIENTO - GARANTÍAS

Las garantías mínimas y de obligado cumplimiento que contiene el procedimiento no han variado:

1º.- Dictámen de un facultativo que habrá de expresar:

- a) Si la persona padece o no un trastorno psíquico.
- b) En caso de que padezca un trastorno psíquico, si considera que dadas las circunstancias concurrentes es necesario proceder a un tratamiento en régimen de internamiento o si por el contrario sería viable el tratamiento en régimen ambulatorio.
- c) Si el enfermo está o no en condiciones de decidir por sí mismo al respecto.

2º.- Examen personal por el Juez.

3º.- Informe del Ministerio Fiscal

Recoge la Ley expresamente la obligación de que la persona afectada pueda disponer de representación y defensa, personarse y actuar en el procedimiento, siendo susceptible de recurso de apelación la resolución adoptada por el Juez.

Como última garantía, se recoge la obligación de revisar al menos cada seis meses la evolución del internamiento, siempre que para entonces no se haya producido ya el alta médica, lo cual, al tiempo de producirse, debe ser comunicada al Tribunal.

EL CONTROL DE LOS INTERNAMIENTOS DE ANCIANOS

Aunque tanto el derogado Art. 211 del Código Civil con el actual Art. 763 de la LEC, como ya se ha comentado, están redactados pensando en el enfermo mental, ha sido aplicado también en relación con el colectivo de los discapacitados psíquicos y de los ancianos seniles, pues todos ellos tienen como denominador común la disminución o afectación de sus facultades mentales aunque ello esté motivado por causas muy distintas.

Hasta el año 1996 ningún jurista cuestionó la aplicación del Art. 211 del C. Civil a estos tres colectivos, pero a raíz de la modificación de este precepto en virtud de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, se generó una opinión judicial minoritaria que propugnaba que los ingresos de ancianos en Residencias de la Tercera Edad no precisaban autorización judicial.

Esta opinión encontró el respaldo de la Audiencia Provincial de Barcelona y fue tenazmente combatida por algunos autores como Manuel AZNAR a la sazón, Adjunto al Defensor del Pueblo del Estado.

En mi opinión, no existen razones legales para considerar que los ingresos de ancianos en Residencias deban ser excluidos del control judicial. La modificación del Art. 211 del C. Civil en 1996 no supuso en este sentido ningún cambio apreciable que viniese a cuestionar la doctrina emanada de la Instrucción de 7 de mayo de 1990 de la Fiscalía General del Estado sobre "Régimen Jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la Tercera Edad".

En algunos territorios como el andaluz, existe legislación de la propia comunidad que establece expresamente el control judicial. (Art. 45 de la Ley 6/1999 de 7 de Julio de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía).

En cuanto al modo de proceder, en Andalucía se siguen unas normas elaboradas por la Fiscalía de Córdoba dirigidas a los profesionales de los Servicios Sociales que han resultado de mucha utilidad.(ANEXO II)

A MODO DE CONCLUSIÓN

a) Creo que debemos felicitarnos por que finalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil haya mantenido el sistema instaurado en 1983.

El alta del enfermo debe ser una cuestión exclusivamente médica.

b) Los protocolos y manuales de buenas prácticas que se han ido generando han servido para reducir en buen medida los problemas derivados de la descoordinación interinstitucional.

c) La privación de libertad en cualquiera de sus formas exige, en todo caso, el seguimiento de un procedimiento riguroso, con garantías suficientes para quien se encuentra en el trance de verse privado de libertad.

En este sentido considero muy necesaria y relevante la existencia de control judicial de los ingresos o permanencia de ancianos en Residencias de la Tercera Edad pues son frecuentes los casos en los que se incurre en abusos.

d) Lo más difícil de todo el proceso es la determinar si la persona cuenta con "capacidad para decidir por sí misma". Se trata de un concepto jurídico de enorme trascendencia que, a la postre, va a determinar que una persona sea o no internada y sobre el que no tenemos un concepto claro y cuya determinación en algunos casos es casi imposible.

Suelo comentar que, en estos casos, me gustaría contar con un “capacímetro”, esto es, un instrumento que lo mismo que el termómetro mide la temperatura, mida la capacidad para decidir y dispense de más evaluaciones.⁷

Un excelente trabajo en este campo ha sido el realizado por nuestro compañero Carlos Eloy FERREIRÓS de la Fiscalía de Alicante titulado “Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado”, que resulta de gran utilidad para adentrarse en el análisis de este vaporoso concepto.⁸

⁷ F. SANTOS URGANEJA “Dos cuestiones relativas a la protección legal de las Personas Mayores: ¿ Qué debemos proteger? ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismas?. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas sobre Problemas Legales sobre Tutela, Asistencia y Protección a las Personas Mayores” – Córdoba 17 y 18 de Noviembre de 2000 – Publicadas por Cajasur.

⁸ Ponencia presentada en el Seminario sobre Protección de Incapaces organizado por el Centro de Estudios de la Administración de Justicia. Madrid 24, 25 y 26 de Junio de 2002.

ANEXOS

I

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Córdoba de fecha 12 DE Marzo de 2002

Auto de la Sección 1ª de la A. Provincial de Córdoba de fecha 18 Febrero de 2002

II

Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas

SENTENCIA

En la ciudad de Córdoba, a día doce de marzo de dos mil dos.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de los de esta ciudad, los autos de Juicio verbal tramitados bajo el número 989/2001 , promovidos a instancia de D/, representado por la Procuradora Dª Olga Córdoba Rider y asistido del letrado D. José Manuel Bernal Carmona solicitando la declaración de incapacidad de D/, y habiendo tenido intervención el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dª Olga Córdoba Rider, en la representación acreditada se presentó escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado en fecha 9 de noviembre de 2001 según consta en la Diligencia de reparto del Decanato, formulando demanda de juicio verbal solicitando la declaración de incapacidad de D/, exponiendo en síntesis los hechos y los fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare a la citada en estado de incapacidad para regir su persona y bienes. Igualmente se solicitaba el nombramiento de tutor para la incapaz y la autorización para vender un inmueble propiedad de la misma para, con el producto de su venta, atender a los gastos generados por la necesidad de proporcionarle los cuidados que requiriese.

SEGUNDO.- Por auto de fecha veinte de noviembre de 2001 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado de la misma a la demandada y al Ministerio Fiscal, emplazándoles para que comparecieran en autos y la contestasen en el plazo de 20 días.

TERCERO.- Por providencia de fecha once de enero de 2002, se tuvo por contestada la demanda en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal como defensor del presunto incapaz; y una vez emplazado el demandado y transcurrido el plazo sin comparecer ni contestar se señaló día y hora para la celebración de juicio.

CUARTO.- Con carácter previo a la celebración del juicio se emitió el correspondiente informe por el Sr. Médico Forense adscrito a este juzgado y se procedió a celebrar la audiencia de la presunta incapaz. En el juicio, celebrado el día 12 de marzo de 2002, las partes informaron en apoyo de sus pretensiones y se practicó la prueba propuesta que consistió en la documental y la audiencia de los parientes.

QUINTO.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 200 C.C. establece que son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma. Dos notas son fundamentales en la enfermedad o deficiencia física o psíquica, a saber: a) Su carácter persistente y b) Que impidan a la persona gobernarse por si misma.

SEGUNDO.- Para la comprobación de estos extremos, la Ley (artículo 208 C.C.) impone preceptivamente al Juez la audiencia de los parientes más próximos, el examen por si mismo de la persona a quien se pretende incapacitar y el dictamen de un facultativo, permitiéndole practicar aquellas otras pruebas que se estimen pertinentes ya sean propuestas por las partes o acordadas de oficio. En el caso resulta revelador el informe presentado por el Sr. Médico Forense, el cual establece que D/ padece una demencia tipo Alzheimer en grado moderado-grave. Dicho trastorno es de carácter permanente e irreversible y afecta a su capacidad para gobernar su persona y administrar sus bienes. Tales deficiencias coincidieron con lo manifestado por sus familiares, lo que permite concluir que D/ no puede realizar con soberanía actos de disposición de su patrimonio ni adoptar decisiones protectoras de su persona. Siendo por ello necesaria la protección integral de su persona y de su patrimonio, procede declarar la incapacitación.

TERCERO.- El artículo 210 C.C. establece que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Las deficiencias padecidas por D/ son de tal entidad y carácter por su permanencia y duración que la incapacidad que se declare en esta sentencia ha de ser necesariamente total por llegar en la práctica a impedirle de forma total regir su persona y bienes. Por estas mismas razones se le incapacita para el ejercicio del derecho de sufragio, como prevé el Artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

CUARTO.- Conforme a lo indicado en el art. 759,2 de la LEC "Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno" y según lo previsto en el Art., 760 de la LEC "si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él". En el presente caso, la parte actora solicitó que se constituyera la tutela y que en ella recayese el cargo, mostrando su oposición dos hermanas de la presunta incapaz.

De las actuaciones practicadas y de los documentos obrantes ha quedado acreditado que conforme previenen los artículos 234.4 y 241 del Código Civil, D/ puede ser tutor de la incapaz, por ser hermano de la misma, encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no concurrir en él ninguna de las causas de inhabilitación establecidas en los artículos 243 y siguientes del Código Civil) y lo que, y es lo principal, haber estado atendiendo a la incapaz desde que, hace aproximadamente un año, se agravó su enfermedad. No puede obviarse la circunstancia de que en la actualidad, está abonando parte del importe de los gastos de estancia en una residencia de su hermana D/, sin que consta que ningún otro familiar haya al menos intentado colaborar en dicha carga. También es determinante para tal designación que D/ resida en Córdoba que es la ciudad donde también reside la incapaz, y que, su esposa. D/, venga ayudando en el cuidado de la misma.

El tutor está obligado a ejercer su función con la diligencia de un buen padre de familia (Art. 270 CC) y a cumplir su ejercicio de conformidad con los artículos 259 y siguientes del Código Civil, así como a rendir cuantas anuales de la administración de la tutela (art. 269.4 CC.), encomendándose la vigilancia de la tutela al Ministerio Fiscal (art. 232 CC).

QUINTO. La sentencia de incapacitación se inscribirá al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento, como prevé el artículo 46 de la Ley del Registro Civil.

SEXTO.- Queda por último por analizar la petición que se contenía en el suplico de la demanda en cuanto a la obtención de autorización judicial para la venta de la vivienda propiedad de la incapaz sita en la C/ de Córdoba.

Con carácter previo debe cuestionarse si procesalmente es viable atender a .esta petición, habida cuenta que la misma debe seguir los trámites de la jurisdicción voluntaria. Como perfectamente sostuvo el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, siguiendo los principios inspiradores de la nueva normativa procesal (ahora, a diferencia de la, legislación anterior, es factible nombrar al tutor en la propia sentencia de incapacitación) no encontramos ningún obstáculo que impida resolver esta petición en el marco del propio procedimiento de incapacidad, aunque lógicamente la eficacia de la posible autorización quedaría supeditada a la aceptación del cargo de tutor.

Conforme a lo dispuesto en el art. 2.011 de la LEC, será necesaria autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de menores o incapacitados en los supuestos en que así lo establezca el Código Civil, regulándose en el artículo siguiente los requisitos que deben concurrir para que proceda dicha enajenación: a) Que lo solicite el tutor, b) Que se exprese el motivo de la enajenación o del gravamen y la finalidad a que se debe aplicar la suma que se obtenga, c) Que se justifique la necesidad o utilidad de la enajenación y d) Que se oiga al Ministerio Fiscal. En el presente procedimiento, queda acreditado que el peticionario está legitimado por haber sido designado tutor; se ha oído al Ministerio Fiscal y ha quedado justificada debidamente la utilidad de la enajenación, habida cuenta que la incapaz únicamente percibe una pensión de 62.455 pesetas siendo muy superior los gastos mensuales que generan su estancia en el centro "Vivienda tutelada Nuestra Sra del Socorro".

Aunque según lo preceptuado en el Art. 2.015 de la LEC la autorización se concederá en todo caso bajo condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de bienes inmuebles, este tribunal unipersonal comparte la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal en su informe, y respaldada por el Auto de la Sección 1ª de la AP de Córdoba de fecha 18 de febrero de 2002 y por tanto hay que considerar que la previsión contenida en el citado artículo que busca garantizar el interés del incapaz puede volverse en su contra, dado el precio que de ordinario se suele obtener en las subastas judiciales. Por tanto, en aplicación del Art. 3 del Código Civil, sobre interpretación de las normas legales y en especial sobre su mandato de que hay que atender fundamentalmente a su espíritu y finalidad, se considera legítimo y coherente con la finalidad protectora del precepto, el sustituir la venta en pública subasta por otro sistema que procure que la enajenación se acerque al precio de mercado. No obstante, previamente a la realización de la venta, deberá notificarse al Juzgado la propuesta en la que consten el precio y las condiciones de pago.

El precio obtenido por el producto de la venta se ingresará íntegramente en una cuenta bancaria, detrayéndose mensualmente las cantidades que sean necesarias para complementar las necesidades de la incapaz, y rindiéndose, como se ha indicado antes, cuentas anuales de la tutela.

SÉPTIMO.- La naturaleza del proceso y el fin último perseguido en él determinan la no imposición expresa de las costas procesales causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que, estimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Dª Olga Córdoba Rider, en representación de D/, debo declarar y declaro incapaz plena y totalmente tanto para la guarda de su persona como de sus bienes y patrimonio a D/. Igualmente se declara su incapacitación para el ejercicio del derecho de sufragio.

Se constituye la tutela de la incapaz D/, y para que la ejerza, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, se nombra a su hermano D/, mayor de edad, al que se releva de prestar fianza, con la obligación de informar a este juzgado de la situación de la incapaz y rendir cuenta anual de la administración de la tutela.

Firme que sea esta resolución, comuníquese al Registro Civil de Posadas para que por su Encargado se inscriba al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento y dése posesión del cargo de tutor al designado, quien deberá comparecer en este Juzgado al objeto de aceptar el cargo y jurar o prometer desempeñarlo bien y fielmente, haciéndole saber en dicho momento los derechos y obligaciones a él inherentes.

Verificado lo anterior, el tutor tendrá autorización para proceder a la venta de la vivienda propiedad de la incapaz sita en la C/ de Córdoba, debiendo notificar al juzgado previamente a la realización de la venta las condiciones de la misma, en especial el precio y el plazo para el pago. El producto obtenido por la venta se ingresará íntegramente en una cuenta bancaria, detrayéndose mensualmente las cantidades que sean necesarias para complementar las necesidades de la incapaz, y rindiéndose cuentas anuales de la tutela.

No se hace pronunciamiento en cuando a las costas.

Al notificar la presente resolución a las partes instruyaselés que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba en el plazo de cinco días desde su notificación.

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

AUTO nº 84

PRESIDENTE:

MAGISTRADOS:

D. EDUARDO BAENA RUIZ
D. ANTONIO FERNANDEZ CARRION
D. PEDRO ROQUE VILLAMOR MONTORO

ROLLO: 400/01

AUTOS: Expediente de Enajenación de Bienes de Incapaz 395/01
JUZGADO: Córdoba núm. 1
Asunto 2218/01

En Córdoba a dieciocho de Febrero de dos mil dos. ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de fecha 21 de mayo del 2001 por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio de la Moneda Cabello en representación de D/ en el expediente de jurisdicción voluntaria no 395/01 del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba interpuso demanda solicitando la enajenación de la vivienda propiedad de D/, sita en la C/ de Córdoba sin necesidad de pública subasta ni de previo avalúo.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 24 de septiembre del 2001 se autorizó la enajenación de la finca urbana pero debiendo efectuarse en subasta publico.

Contra esta resolución se ha interpuesto por el actor recurso de apelación al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, habiendo correspondido a esta Sala y la ponencia al Magistrado ltrno. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en cuanto no se opongan a lo que seguidamente se consigna.

PRIMERO.- Ha de partirse de la base de que nos encontramos en presencia de una cuestión que pese a su aparente sencillez tiene en la época actual una enorme trascendencia que se acrecentará con el transcurso de los años ante la prolongación del termino medio de la vida en los países civilizados y los achaques y gastos que la vejez acarrea, achaques que inexcusablemente derivan en autentica incapacidad tanto para subsistir sin ayuda ajena como para administrar y disponer de sus bienes por parte de toa ancianos y en este punto es preciso hacer constar las siguientes consideraciones previas:

1ª) Cualquier aproximación a los derechos de los deficientes y enfermos mentales debe partir de tres premisas fundamentales. 1º.- En primer) lugar de la proclamación contenida en el art. 49 de la Constitución Española, sobre todo la obligación que tienen los Poderes Públicos de amparar a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, para el "disfrute de los derechos que este Titulo otorga a todos los ciudadanos"; 2º.- En segundo lugar, y conforme al punto 2 del art. 10 de la Constitución Española, que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades publicas que la Constitución reconoce" se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; y 3º.- Por ultimo, que conforme al art. 9 de la Constitución Española corresponde a los Poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad de los individuos, para que esta sea real y efectiva.

2ª) En segundo lugar y, en cumplimiento, de tales previsiones, el Estado Español promulga la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos. en cuyo art. 2 se señala que para la ,integración social de los disminuidos, el Estado Español se inspira en la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental aprobada por Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 y en la Declaración de los derechos de los Minusválidos aprobada por la Resolución 3447 de dicha Organización de 9 de diciembre de 1975.

3ª) De especial importancia, es la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, que tras modificar el art. 200, señalando como causas de incapacitación "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico", instaura un sistema de Tutela de autoridad lo que significa "que el tutor queda bajo la vigilancia, control y supervisión de la autoridad judicial" y todo ello por cuanto la función tutelar, constituida como un deber, siempre se ejercerá "en beneficio del tutelado" velando (personalmente) y representando o completando la capacidad (jurídica) del incapaz.

4ª) Puede reseñarse, para destacar como esa finalidad de actuar siempre en beneficio del tutelado destaca sobre cualquier otra, el contenido del art. 224 del Código Civil, que permite desvincularse de las disposiciones testamentaria establecidas por los padres en orden a la disposición sobre los bienes, siempre que el Juez motivadamente justifique el "beneficio del incapaz".

5ª) A mayor abundamiento, el art. 232 señala que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Partiendo de las anteriores consideraciones es preciso tener en cuenta que según establece el art. 5 de LO.P.J. los Jueces y Tribunales aplicaran e interpretaran las leyes según los preceptos y principios constitucionales y es evidente que los arts. 2.011 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en concreto la necesidad de venta de bienes inmuebles del incapaz en publica subasta, solo pueden ser interpretados como un requisito establecido en su día en beneficios del mismo, y por otra parte es claro que las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del momento en que hayan de ser aplicadas, según dispone el art. 3.1 del Código Civil, siendo evidente que la exigencia de venta en subasta publica supone una lentitud en la resolución del conflicto contraria a la supuesta necesidad de obtener liquidez, que es lo que se pretende precisamente mediante la venta y no supone una mayor garantía que la puede otorgarse mediante la imposición de determinadas condiciones por el Juez¹, bajo la supervisión del Ministerio Fiscal; además la fijación final de un precio, es una situación de libre concurrencia en el mercado inmobiliario, es siempre preferible a la rigidez del procedimiento contemplado en los arts. 2011 y concordantes; y este criterio fue ya sustentado por el Magistrado de esta Sala D. José María Magaña Calle al emitir un voto particular en relación con un auto dictado con fecha 16 de julio de 1999 por la Sección 3ª de esta Audiencia Provincial y en el que se recogía que su interpretación sobre tales enajenaciones ya había sido acogida en anteriores ocasiones y en casos similares, por diversos Juzgados de Primera Instancia de la Provincia, habiendo tenido las resoluciones así adoptadas acceso al Registro de la Propiedad, como son el caso de los Autos de fecha 4 de diciembre de 1995 del Juzgado de Montilla; de fecha 11 de julio de 1996 del Juzgado de la Instancia no 8 de los de Córdoba, de 10 de junio de 1997 del mismo juzgado, y de 23 de junio de 1997 del Juzgado de Primera Instancia no 7 de Córdoba. Así mismo se hacía constar que el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 26 de mayo de 1997, si bien por otros motivos, y ciertamente analizando los problemas que en tal puesto suponía el hecho de tratarse no de una venta sino de una permuta, declaraba la nulidad de una enajenación de bienes inmuebles, por no haberse acudido a publica subasta, lo cierto es que en el Fundamento Jurídico Tercero de la misma, y refiriéndose a la permuta, estimaba adecuada la posibilidad de sustituir la publica subasta por otros mecanismos, siempre que se justifique la utilidad a reportar por el acto, y siempre que previamente se haya practicado la tasación del bien.

A todo lo anteriormente consignado ha de añadirse que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil mira con especial desconfianza la tradicional subasta y especifica en el apartado XVII de su exposición de motivos lo siguiente:

" Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la Ley abre camino a vías de enajenación forzosa alternativas que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento. Así, se regulan los convenios de realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o; con su conformidad, el Juez acuerde que el bien se enajene por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial"

Su plasmación legislativa se encuentra en el art. 636 que introduce las apuntadas soluciones alternativas a la subasta al especificar lo siguiente:

Realización de bienes o derechos no comprendidos, en los artículos anteriores.

1.- Los bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores se realizarán en la forma convenida entre las partes e interesados y aprobada por el tribunal, con arreglo a lo previsto en esta Ley.

2.- A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes embargados se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos:

1° Enajenación pro medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstos en esta Ley

2° Subasta judicial.

3.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, una vez embargados los bienes, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el día señalado si antes no se solicita y se ordena con arreglo a lo previsto en esta Ley, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente.

TERCERO.- Es claro que la venta de un bien inmueble en pública subasta acarrea unos gastos, y una dilación en el tiempo e incluso por regla general la obtención de un precio inferior al normal en el mercado que inexcusablemente repercute en un perjuicio para el incapaz cuyo interés debe ser el único a defender y nadie duda que esa era la intención del legislador de 1881 al establecer el Art. 2015 pero el transcurso de más de 120 años lo ha dejado obsoleto y aún vigente debe hacerse una justa interpretación a tenor de lo dispuesto en el art. 3 del Código Civil.

Por todo ello, esta Sala entiende que deben estimarse parcialmente tanto el escrito de apelación como la impugnación del auto recurrido que ha efectuado el Ministerio Fiscal, acordándose que la vena del inmueble de la incapaz podrá efectuarse por cualquiera de las formas establecidas en el art. 636 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no libremente y sin previo avalúo como solicita el apelante y ello sin hacer expresa imposición en las costas originadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y las demás aplicables

La SALA ACUERDA: Estimar parcialmente el recurso de; apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio de la Moneda Cabello en representación de D/ y la impugnación efectuada por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado con fecha 24 de Septiembre del 2001 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia no 1 de Córdoba en el procedimiento de jurisdicción voluntaria no 395/2001, revocando dicha resolución y acordando que la enajenación del inmueble propiedad de la incapaz D/ podrá efectuarse por cualquiera de los medios establecidos en el art. 636 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y sin hacer expresa imposición en las costas originadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, y verificado, expídase testimonio de la misma, y con los autos originales remítase al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro auto, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. "Firmado Ilmos Sres.: D. Eduardo Baena Ruiz, D. Antonio Fernández Carrión y D. Pedro Roque Villamor Montoro.

PAUTAS DE ACTUACION EN CASO DE PERSONAS MAYORES QUE VIVEN SOLAS Y NO PUEDEN VALERSE POR SI MISMAS

Estas situaciones, actualmente tan frecuentes, deben abordarse en primer lugar ofreciendo y proporcionando en su caso a la persona mayor, los servicios de apoyo y asistencia en el hogar.

Cuando tales servicios se rechacen o las circunstancias concurrentes sean tan graves que sobrepasen las posibilidades de asistencia domiciliaria, es claro que habrá que plantear alternativas asistenciales para que no se produzcan situaciones críticas de desamparo.

La experiencia nos dice que detrás de la mayoría de estas situaciones se encuentra un padecimiento mental más o menos desarrollado (demencia senil, alzheimer, etc...), casi siempre asociado a otras dolencias físicas propias de la ancianidad.

Para estos casos suele estar indicado el ingreso en un una Residencia de Mayores, lo cual afecta a un derecho fundamental de la persona cual es el la libertad para fijar libremente su residencia y desplazarse con igual libertad por donde estime conveniente (Art. 19 Constitución Española)

Establece además el Art. 17-1 de la Constitución que *“nadie puede ser privado de la libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley”*

El que puedan resultar afectados derechos fundamentales de la persona es la razón por la que los ingresos en residencia no consentidos (involuntarios) se encuentren sometidos a control judicial (Art. 45 de la Ley 6/1999 de 7 de Julio de Atención y Protección a las Personas Mayores). Control que se realiza siguiendo los procedimientos previstos en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

LA LEY PREVÉ DOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL JUDICIAL DE LOS INGRESOS INVOLUNTARIOS

A.- CONTROL JUDICIAL POSTERIOR AL INGRESO EN CASO DE URGENCIA -

Un ingreso será urgente cuando las circunstancias del caso desaconsejen demorarlo 15 o 20 días, que es la duración media del procedimiento judicial previo.

En estos supuestos debe procederse del siguiente modo:

1º.- El Trabajador/a Social deberá elaborar un informe social con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la Persona Mayor desenvuelve su vida .

2º.- Con dicho informe deberá el Trabajador/a Social dirigirse al Médico a quien corresponda atender al Mayor (normalmente el de cabecera, el médico de salud mental si el Mayor es paciente suyo, etc...) solicitándole una intervención sanitaria, limitada en principio, al examen y reconocimiento de la persona.

El Médico tiene el deber de atender este requerimiento y llevar a cabo la intervención sanitaria en un plazo de tiempo razonable, en función de las circunstancias de caso, tanto del Mayor como de la consulta del Médico, quien deberá atender siempre primero lo que considere en cada momento prioritario.

La negativa injustificada del Médico a atender el requerimiento y realizar la intervención sanitaria cuando de ello se derive un grave riesgo para la salud de las personas pudiera ser constitutiva de un delito de omisión del deber de prestar asistencia sanitaria previsto en el Art. 196 del Código Penal.

3º.- El Médico deberá examinar al Mayor **en el lugar en que éste se encuentre** y dar respuesta a CUATRO PREGUNTAS

Primera: Si padece algún trastorno psíquico.

Segunda: Si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es el ingreso en una Residencia

Tercera: Si el Mayor (aunque manifieste abiertamente su oposición) está o no en condiciones de decidir por sí mismo sobre el ingreso en una residencia.

Cuarta: Si la situación requiere una actuación urgente

En caso de que el Médico aprecie la existencia de trastorno psíquico, la conveniencia del ingreso en una residencia, la falta de capacidad del mayor para decidir por sí mismo y la urgencia de la intervención, DEBERA EXTENDER UN DOCUMENTO EN EL QUE EXPRESE LA NECESIDAD DE PROCEDER AL INGRESO DE MODO URGENTE por las razones anteriormente señaladas.

4º.- Una vez en posesión de ese documento el Trabajador/a Social deberá poner los hechos en conocimiento de la Delegación Provincial de Asuntos Sociales por el medio más rápido (**Tfno. – Fax**), solicitando que **con carácter prioritario y urgente** se facilite una plaza en Residencia, remitiendo por fax el informe médico y social

5º.- Una vez concedida una plaza en residencia por la Delegación Provincial de Asuntos Sociales, se procederá a recoger al Mayor en el lugar en que se encuentre y a trasladarlo hasta la Residencia.

A diferencia de lo que ocurre en caso de traslado e ingreso de pacientes psiquiátricos que existe una regulación específica (Resolución 19/1990 de 18 de Abril del Servicio Andaluz de Salud y del Instituto Andaluz de Salud Mental sobre atención de urgencias, traslados e ingresos de pacientes psiquiátricos), las situaciones que pueden darse en relación con los Mayores pueden ser muy variadas. Por ello lo más razonable será plantear cada caso individualmente, evaluar la situación entre los distintos organismos implicados (Servicios Sociales de la Junta – Servicios Sociales de Diputación, - Servicios Sociales del Ayuntamiento – Servicios Sanitarios) y decidir finalmente en que modo vaya a producirse el traslado e ingreso del Mayor y quien o quienes van a intervenir en el mismo.

Puede ocurrir que la Persona Mayor se encuentre en su domicilio y no quiera abrir la puerta o presente alguna oposición al traslado.

En estos casos, si todas las iniciativas de persuasión fracasan, se puede solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio.

Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por si mismo la situación siempre desgarradora de sacar a una persona de su domicilio.

Si llegan a presentarse problemas excepcionales, el dispositivo puede solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad.

Las fuerzas de seguridad en estos casos, como fácilmente se puede comprender, no actúan en su faceta de prevención o persecución de delitos, sino en el de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad.

Así aparece recogido en la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado (Arts 11-1 b y 53-1-i) y regulado de modo concreto en la Ley de Seguridad Ciudadana (Art. 21-3)

En el desempeño de estas labores de auxilio, pueden la Fuerzas de seguridad entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en la resolución de estas situaciones.

Si se negaren injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el Art. 412 – 3 párrafo último del Código Penal

6º.- Una vez realizado el traslado e ingreso del Mayor en la Residencia, el Director de la misma a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de 1ª Instancia que cada mes se ocupa de la vigilancia de los internamientos involuntarios (Se acompaña listado de Juzgados que por turno atienden este servicio con sus números de Fax y Teléfonos)

7º.- Una vez que el Juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de aprobación de internamiento urgente en el que, como mínimo han de practicarse las siguientes pruebas:

- a) Examen del Mayor por un médico distinto de aquel que indicó el ingreso (normalmente el Médico Forense del Juzgado)
- b) Reconocimiento personal por el Juez
- c) Informe del Fiscal

8º.- Una vez concluidas las pruebas el Juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

- a) Aprobar el ingreso realizado por estimar que estaba justificado.
- b) Declarar que la persona Mayor tiene capacidad suficiente para decidir por sí misma y que, en consecuencia, se proceda según su voluntad
- d) No aprobar el ingreso por estimar que no se encuentra justificado

B.- CONTROL JUDICIAL PREVIO AL INGRESO **CUANDO NO SE REQUIERA UNA ACTUACIÓN URGENTE**

Un ingreso no será urgente cuando las circunstancias del caso permitan demorarlo 15 o 20 días que es la duración media del procedimiento judicial.

En estos supuestos **la actuación es semejante en su inicio** al caso de internamiento urgente

1º.- Al Trabajador Social corresponde:

- a) La elaboración del informe social
- b) La solicitud al Médico para que examine al Mayor y extienda el correspondiente informe
- c) Solicitud de plaza a la Delegación Provincial de Asuntos Sociales

2º.- Una vez con esta documentación, el Trabajador Social se puede hacer dos cosas:

a) Remitirlo directamente al Juzgado competente solicitando autorización judicial para el ingreso.

b) Remitirlo a Fiscalía, al Fiscal encargado de la protección de discapacitados, enfermos mentales y seniles, quien solicitará al Juzgado la autorización judicial del ingreso previo cumplimiento de los trámites previstos en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

3º.- Recibida la petición en el Juzgado, se incoa un expediente de autorización de internamiento involuntario ordinario (no urgente) y se procede a la práctica de las diligencias de prueba establecidas en el Art. 763 de la L.E.Civil.

a) Examen del Mayor por el Médico Forense del Juzgado

b) Reconocimiento personal por el Juez

En caso de que la Persona Mayor no pueda acudir o ser trasladada a la Clínica Forense o al Juzgado, la Comisión Judicial se trasladará al lugar en el que aquélla se encuentre.

c) Informe del Fiscal

4º.- Una vez concluidas las pruebas, el Juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

a) Autorizar el ingreso por estimar que está justificado.

b) No autorizar el ingreso por estimar que no se encuentra justificado.

c) Declarar que el Mayor tiene capacidad suficiente para decidir por si mismo y que, en consecuencia, se proceda según su voluntad

La resolución judicial (Auto) no tiene por qué indicar el Centro o residencia concreta en que el anciano vaya a ser ingresado pues ésta es una decisión que corresponde a los organismos socio-sanitarios competentes.

En ocasiones la propia resolución advierte a las Fuerzas de Seguridad del deber de colaborar en el traslado.

Tanto en el caso de que el internamiento se haya producido de forma urgente o no urgente los Médicos que atiendan a la persona internada tienen el deber de informar periódicamente al Juzgado sobre la evolución del interno y sobre la necesidad de mantener el ingreso (Art. 763-4)