UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS
DISCAPACITADOS E INCAPACITADOS.
DERECHO COMPARADO BRASIL Y ESPAÑA**

Kátia Maria Beltrao de Albuquerque

Directora: D^a Eva Martínez Gallego

Salamanca 2012

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi hijo David que hoy es ya todo un hombre y que supo aprender y seguir mi ejemplo de honestidad y esfuerzo.

A mi madre que, a pesar de la gravedad de la enfermedad, consiguió darme ejemplo de una vida sufrida, pero íntegra.

A Maria da Guia que logró suplir el papel de madre y desempeñarlo en su mayor esplendor con toda la dedicación y la protección de una buena madre.

A Maria Teresa por sus enseñanzas sin las que no podría ser la persona que hoy soy.

Mi hermano Cleary Marquezine Lemos. (*In memoriam*)

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad de Pernambuco por la posibilidad que me brindó de realizar este trabajo.

Al gobierno del Estado de Pernambuco –Brasil– por costear mis estudios en el Reino de España.

A la Universidad de Salamanca por haberme dado la oportunidad de acceder al Programa de Doctorado.

A La Profesora Eva Martínez Gallego por su pronta disponibilidad en ayudarme.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	13
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO 21

Consideraciones sobre las causas de incapacitación e interdicción.

Incapacitación e interdicción como criterio determinante de la figura de protección.

1.1. Conceptos de Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar.

De la Personalidad.....	24
-------------------------	----

1.2. Causas para la incapacitación. Análisis del artículo 200 del Código Civil español.

Referencias al artículo 1.767 del Código Civil brasileño.....	44
---	----

1.2.1. Causas de incapacitación en el Derecho español.....	45
--	----

1.2.2. Causas de interdicción en el Derecho brasileño	56
---	----

1.3. La incapacitación como criterio determinante de la protección. Principio del mejor interés del incapaz

	72
--	----

1.4. Los menores inmersos en causas de incapacitación, protección jurídica. La patria potestad prorrogada como respuesta jurídica una vez alcanzan la mayoría

	87
--	----

1.4.1. En Brasil - la curatela de menores enfermos	88
--	----

1.4.2. En España; tutela, curatela, patria potestad prorrogada.....	94
---	----

1.5. Paternidad o maternidad responsable - proceso de esterilización en España

	107
--	-----

CAPÍTULO SEGUNDO..... 117

Relato histórico de la Tutela y de la Curatela:

2.1. Concepto y características de las figuras de guarda en el Derecho Romano	119
2.1.1. Configuración de la tutela	124
2.1.2. Obligaciones del Tutor	135
2.1.3. Extinción y término de la tutela y de la curatela	137
2.1.4. Configuración de la curatela.....	138
2.1.5. Obligaciones del Curador	143
2.1.6. Acciones Judiciales de la tutela y de la curatela en el Derecho Romano.....	145
2.2. Las Partidas del rey Alfonso el Sabio, con énfasis a las instituciones de protección	147
2.2.1. La tutela en las Partidas. Características generales	148
2.2.2. Clasificación de la tutela	149
2.2.3. Obligaciones del Tutor	152
2.2.4. Término de la tutela.....	155
2.2.5. La curatela en las Partidas	156
2.2.6. Obligaciones legales del Curador	159
2.2.7. Extinción de la curatela	160
2.3. Figuras de guarda en el Código Civil español de 1889	161
2.4. Regulación de las figuras de guarda en la Ley 13 de octubre de 1983.....	164

2.5. Figuras de guarda en el Código Civil brasileño de 1916 y en el de 2002	171
---	-----

CAPÍTULO TERCERO..... 179

Tendencias del procedimiento de interdicción en Brasil e incapacidad España.

3.1. El procedimiento de incapacidad en España. Legitimación y principios legales orientadores: Ley 1/2000 LEC 182

3.1.1. Legitimación activa en los procedimientos de incapacidad 191

3.1.1.1. - La legitimación de los parientes y del propio presunto incapaz 193

3.1.1.2. - La legitimación activa del Ministerio Fiscal (art. 757 LEC)..... 198

3.1.2. Legitimación pasiva..... 204

3.1.3. Fases procesales..... 206

3.1.3.1. La demanda y el artículo 399 LEC. Personación en el procedimiento 206

3.1.3.2. La contestación..... 209

3.1.3.3. Pruebas especial relieve de la participación de los facultativos forenses..... 213

3.1.3.4. Efectos de la sentencia de incapacidad..... 229

3.1.3.5. Nombramiento del Tutor o del Curador con vistas al mejor interés del incapaz..... 236

3.2. Procedimiento de interdição en Brasil..... 249

3.2.1. Fases procesales..... 255

3.2.1.1. Postulación – legitimación activa 255

3.2.1.2. Probatoria, especial releve a la participación de los facultativos	260
3.2.1.3. Decisoria. Efectos de la sentencia	267
3.2.1.4. Excusa y remoción del cargo de Tutor o del Curador	274
3.3. Las distintas formas de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación e interdicción. España - Brasil.....	278
3.4. Posibilidad de reintegración de la capacidad. España- Brasil	284
3.5. Internamiento por trastorno psíquico. España - Brasil	289

CAPÍTULO CUARTO 303

Los puntos principales de la Ley 41/2003 de protección Patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, como propuesta de lege ferenda para Brasil.

4.1. Significado del “patrimonio protegido”	305
4.1.1. Las aportaciones al patrimonio protegido	318
4.1.2. Extinción del patrimonio protegido.....	326
4.2. Consideraciones sobre la Autotutela	328
4.3. Breve referencia al derecho a la vivienda y el contrato de alimentos	342
4.3.1. El Derecho a la vivienda.....	342
4.3.2. El contrato de alimentos	349
4.4. Sustitución fideicomisaria y la preservación de la legítima de los incapacitados.....	365

4.5. Preservación del Mandato en caso de incapacidad. Estudio del art. 1.732 del Código Civil Español.....	375
CONCLUSIONES	391
BIBLIOGRAFÍA	399

INDICE DE ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

ABVD - Actividades Básicas de la Vida Diaria

Art. - Artículo

CC- Código Civil

CE – Constitución Española

CPC- Código de Proceso Civil

CEDH - Consejo Europeo de Derechos Humanos

CLT- Consolidação das Leis do Trabalho

Ed.- Editorial

EDAD - Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia

FUNDAC – Fundação de Amparo a Criança e Adolescente

IBGE- Instituto Brasileño de Geografía y Estadística

Idem - El mismo

INE - Instituto Nacional de Estadística

LEC - Ley de Enjuiciamiento Civil

LGSS- Ley General de Seguridad Social

P- Pagina

PP- Páginas

op.cit.- Obra Citada anteriormente

TC - Tribunal Constitucional

TS- Tribunal Supremo

TEDH - El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Vol.- volumen

INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo, la discapacidad humana afectaba y despertaba los sentimientos más ambiguos entre las diversas civilizaciones. Había una tendencia por parte de la sociedad a protegerse de aquellas personas consideradas deficientes — aquellos individuos afectados por cualquier minusvalía física o psíquica— y se tenía miedo y recelo de mantener algún tipo de contacto con ellos, porque se trataba de seres menospreciados por su condición. Según Carlos GANZENMÜLLER: *Aristóteles decía que lo mejor que se podía hacer con ellos era dejarlos a las puertas de los templos. En Esparta, un Consejo de ancianos examinaba la salud de los recién nacidos, y si las criaturas no eran normales, se las abandonaba a las alimañas o se las despeñaba desde el monte Taigeto. Durante la Alemania nazi fueron quemados de manera brutal. Fueron aprovechados y utilizados durante la II Guerra Mundial cuando hacía falta mano de obra y luego abandonados otra vez a su suerte*¹.

Actualmente, existe una mayor conciencia sobre lo que representa la discapacidad, las enfermedades que generan la incapacitación y una mayor aceptación de los criterios médico-científicos para su determinación y graduación.

Por todo ello, se realizaron reformas en los diferentes ordenamientos jurídicos ya que los gobiernos se vieron en la necesidad de crear, salvaguardar y resguardar los derechos fundamentales de los discapacitados y su protección a través de la incapacitación y el establecimiento de instituciones de guarda. Por esto, se sancionaron leyes que los resguardan, las cuales romperán las barreras del olvido y del desamparo, estableciendo principios fundamentales como los siguientes: el interés superior del incapaz, la igualdad de oportunidades para los discapacitados y el respeto a su autonomía.

Así pues, se creó un nuevo modelo para la incapacidad, reconociendo que puede ser una condición transitoria a la luz de las innovaciones científicas, dado que el sujeto intervenido con estas nuevas técnicas, si se trata debidamente, puede eventualmente recuperar su capacidad y así su plena capacidad de obrar. Por lo tanto, se rechaza el estigma de la incapacidad como una situación o estado permanente en el ser

¹ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos y ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. (2005): *Discapacidad y Derecho - Tratamiento jurídico y sociológico*, Ed. Bosch, p. 25.

humano. El nuevo concepto imperante es que “*la incapacitación no es un fin en sí misma, sino un medio de protección para determinadas personas*”².

Sin embargo y pese a lo señalado, la incapacidad aún está asociada al estigma social de que el deficiente es, y siempre será, un ser inferior que dependerá de otras personas para sobrevivir o realizar las tareas más elementales de la vida, lo que lo convierten en muchas ocasiones en un gran peso para la familia.

Especialmente con relación a Brasil, las leyes sobre incapacitación, muchas veces no encuentran la eficacia deseada, ya que en ocasiones la situación socio/política de aquel país no permite una correcta aplicación de la legislación, ya sea por situaciones de extrema pobreza, ineptitud o desinterés del gobierno respectivo, como tendremos la ocasión de comprobar en este trabajo. Estos son algunos de los motivos que dificultan la aplicabilidad y protección de los derechos fundamentales de los discapacitados en Brasil, país en vías de desarrollo en el que la situación de dependencia económica de los deficientes es una realidad de proporciones inimaginables, y en el que la precaria ayuda económica del Estado a los incapaces constituye, muchas veces, el sustento de toda una familia. El último censo realizado en 2010 expone el número de personas que sufren alguna deficiencia en Brasil se cifra 45 millones y 600 mil personas poseen algún tipo de deficiencia. La encuesta no establece el grado de deficiencia, según el Instituto Brasileiro de Geografía y Estatística de Brasil - IBGE y tampoco el número de incapacitación que se llevan a cabo³.

En este trabajo intentaremos que la investigación sea útil para fecundar mejores instrumentos normativos en la legislación brasileña.

² RUIZ FÁBREGA, Cristóbal y PUENTE HEREDIA, Mercedes. (1998): *Protección legal de Incapaces*, Ed. COLEX, p. 21.

³ IBGE revela que 45,6 millones de brasileños tienen algún tipo de deficiencia, de acuerdo con los datos del Censo de 2010. O lo que es igual aproximadamente el 24% de la población brasileña tiene alguno tipo de deficiencia. El porcentaje y la población absoluta no dejan de sorprender. Las proyecciones de técnicos y entidades del sector estimaban un número cercano a los 30 millones de personas, por lo que las cifras reales prácticamente exceden esa estimación en un cincuenta por ciento. Información obtenida por la Secretaria de los Derechos de la Persona con Deficiencia. Gobierno del Estado de Sao Paulo: www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br.

En el primer Capítulo haremos algunas consideraciones sobre las causas que conllevan a la incapacitación en España, con énfasis en el análisis del artículo 200 del Código Civil Español, y en la interdicción en Brasil con especial interés en el artículo 1.767 del Código Civil Brasileño. Explicaremos los tipos de guarda de cada país con su reflejo práctico a través de jurisprudencias de cada lugar y exaltaremos los mecanismos que el Estado encuentra para ejercer la protección de aquéllos que se hallan incapacitados. Hablaremos de la incapacitación como criterio determinante de la figura de protección, enalteciendo los principios constitucionales sobre los que se asienta. Esbozaremos en breves líneas las características que nos permiten establecer las diferencias entre la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y la personalidad. Asimismo, revisaremos la situación de los menores en estado de incapacitación con especial referencia a la patria potestad prorrogada para los mayores de edad, como respuesta jurídica favorecida en el ordenamiento jurídico español. También apuntamos algunas observaciones que aluden a la situación de la paternidad o maternidad responsable y la legalización del proceso de esterilización en España.

Al tiempo como una proposición *legis ferenda* sugerimos como susceptible de aplicación para la legislación brasileña, la inserción de la regulación de la posible esterilización de los incapacitados en Brasil teniendo como ejemplo la despenalización de la esterilización efectuada por España, visando la paternidad y maternidad responsable siempre teniendo en cuenta los principios constitucionales y el interés superior del incapacitado.

En el según Capítulo de este trabajo haremos un breve recorrido histórico hasta llegar a nuestros días, mediante el cual analizaremos las distintas instituciones de protección que se han creado al efecto, y observaremos que los fundamentos y finalidades de estas instituciones varían de una época u otra.

Señalaremos las figuras de guarda de Brasil hasta el código civil de 2002- Ley 10.406 de 10 de enero y en España, hasta los cambios advenidos con ocasión de la ley 13 de 24 de octubre de 1983 cuya finalidad fuera una mayor intervención del Estado como órgano de protección centrado en la figura del juez y del Ministerio Fiscal.

En el tercer Capítulo señalaremos sobre las nuevas tendencias del procedimiento de interdicción en Brasil e incapacitación en España, a través de una vasta doctrina y

jurisprudencia. Resaltaremos los procedimientos de incapacitación a través de la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en España e interdicción en Brasil por el Código de Proceso Civil - Ley 5.869 de 11/01/1973, destacando las características especiales de estos procedimientos en cada país.

Enalteceremos la tendencia en estos procesos que es adoptar un cierto distanciamiento de los aspectos excesivamente formales, menos complejos, y que tiene por finalidad exaltar el principio del mejor interés del incapaz mediante la celeridad procesal. Abordaremos cada fase procesal y la amplia inserción del Estado como agente fiscalizador y protector en ambos ordenamientos jurídicos, dado que, este procedimiento especial presenta características singulares que lo remiten al derecho público y ello aunque esté regido por el derecho privado.

El cuarto y último Capítulo se centra en una propuesta de *legis ferenda* de de la ley española 41/2003 de Protección Patrimonial de Discapacitados y modificación al Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria como propuesta para la legislación brasileña y mecanismo que enaltece los principios de la Autonomía de la voluntad y de la libertad de elección, analizaremos los beneficios traídos por esta ley a los discapacitados especialmente las figuras de la Auto/tutela, el derecho de habitación, el contrato de alimentos, la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de la legítima estricta a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado y la preservación del mandato en caso de incapacitación. Y ello porque estimamos que esta Ley es un buen ejemplo legislativo para la garantía patrimonial de una persona que está en la inminencia de ser incapacitada o que ya se encuentra incapacitada.

Intentaremos que esta investigación sea provechosa para alimentar la discusión y revisión de los instrumentos jurídicos, de tal suerte que sean evaluados aquellos elementos o normas previstas en el ordenamiento español susceptibles de encaje en la legislación brasileña.

En virtud de lo expuesto, este trabajo pretende dar respuesta a los interrogantes sobre los derechos y mecanismos de protección de los discapacitados e incapacitados de cualquier clase. Igualmente, esperamos contribuir a demostrar que en el contexto social la diferencia es mínima –y un tanto subjetiva- entre la conducta normal y la anormalidad.

Por fin, no puedo terminar estas breves páginas introductorias sin mostrar mi más profundo agradecimiento a la Profa. Eva María MARTÍNEZ GALLEGO, por su inestimable apoyo y dirección en la elaboración de este trabajo y sobretodo por la confianza otorgada. A ella y a sus enseñanzas debo lo bueno o de acierto que haya en las páginas que siguen. Los errores o limitaciones son mías.

CAPÍTULO I

Consideraciones sobre las causas de incapacidad e interdicción.

Incapacidad e interdicción como criterio determinante de la figura de protección.

En este Capítulo trataremos sobre el derecho comparado Brasil - España en relación a los siguientes tópicos: a) Las distinciones entre la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y el derecho de la personalidad. b) Las causas que llevan a la incapacitación, haciendo un análisis del artículo 200 del Código Civil Español y del artículo 1.767 del Código Civil Brasileño. c) La incapacitación como criterio determinante de la protección, con énfasis en el principio del mejor interés del incapaz. Abordaremos las figuras de protección para los menores discapacitados, nos referiremos en concreto a la patria potestad prorrogada o rehabilitada como respuesta jurídica.

Primeramente trataremos, por su importancia, los conceptos de capacidad de obrar, capacidad jurídica y personalidad. Resaltaremos los derechos de la personalidad como indisponibles y trascendentales, también la capacidad jurídica como condición inherente a todas las personas y la capacidad de obrar como el derecho a la libertad de acción. Explicaremos la manera o la forma en la que el ordenamiento jurídico puede interceder para superar la falta de capacidad de obrar a fin de que el deficiente pueda tener una vida plena y digna.

Con respecto a las causas de incapacitación en España e interdicción en el Brasil, defendemos que están interconectadas a tres factores determinantes:

- Las enfermedades que conllevan a la falta de discernimiento;
- Las enfermedades mentales y la falta de autogobierno;
- Particularmente en Brasil están asociadas a la pobreza. Aunque no sea una causa de incapacitación, hay una distorsión de la interdicción lo que en los hechos trastorna las figuras de protección desnaturalizando su real finalidad y poniendo en entredicho su futuro.

Expondremos nuestra opinión en cuanto a las instituciones de la incapacitación e “*interdicción*” que, en la actualidad, se encuentran directamente vinculadas a la necesidad familiar de reglamentar alguna situación patrimonial jurídica, en que el discapacitado esté envuelto y, por lo tanto, se encuentra apartado de su único objetivo que es la protección del discapacitados.

Explicaremos la incapacitación como criterio determinante de la protección. Así mismo, la supremacía del principio del mejor interés sobre cualquier otro, que tiene

como objetivo igualar las diferencias en el tráfico jurídico de forma que la norma que beneficia a un incapaz debe prevalecer sobre las demás. Resaltaremos este principio como un principio universal en las legislaciones occidentales para buscar la mejor forma de defensa y amparo para los que se encuentran en posición de inferioridad orgánica. También enalteceremos el valor de la integridad como un bien jurídico protegido, hablaremos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de los discapacitados a través de la Convención de Nueva York de 2006 ratificada por España y por Brasil a través del Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009, que de manera notable regula la protección de los discapacitados en los diversos ámbitos de actuación.

Así, en breves líneas, mostraremos el desempeño de los discapacitados en el mercado de trabajo y el difícil cumplimiento del sistema de plazas para deficientes, personas que no siempre precisan de una incapacitación plena sino la mejoría de las ocasiones de figuras de guarda que supervisen su actuación para salvaguardar sus intereses.

Finalmente, trataremos de las figuras de la patria potestad prorrogada o rehabilitada en España y en su falta de reglamentación en el derecho brasileño, bien como el procedimiento judicial para aplicación de métodos contraceptivos dentro estos el de la esterilización.

En todos los apartados ilustraremos y comentaremos sentencias y jurisprudencia de los Tribunales de España y de Brasil.

1.1 Conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. De la personalidad.

Para ejercer los derechos y contraer obligaciones hace falta un elemento adicional, esto es, la capacidad de obrar o del ejercicio de derechos y obligaciones, que se traduce en que el sujeto de derecho obre por sí mismo, sin la anuencia o el ministerio de otro, o sea para que sus actos tengan validez se exige que el agente sea capaz.

La distinción entre los conceptos de capacidad jurídica, capacidad de obrar y Derecho de la personalidad es un tanto complejo, en este apartado presentaremos el concepto de estas instituciones conforme la visión de varios autores.

Empezaremos abordando el concepto de personalidad definida por DE CASTRO así: *“personalidad es la condición de persona, y capacidad es la condición de ser capaz de derechos y de obligaciones o sea, se le reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas”*⁴.

Conviene, adicionalmente, repasar el concepto al tiempo que revisamos un poco la historia del comienzo de los derechos de la personalidad. Para Enrique RAMOS CHAPARRO, refiriéndose al concepto de DE CASTRO señala que: *todos los documentos constitucionales que se han ido instituyendo fundando las democracias liberales en Europa y en el resto del mundo se han hecho con base en la Constitución Francesa. En ésta encontramos también el origen remoto del ordenamiento jurídico español. La consagración revolucionaria de los derechos fundamentales del hombre consumará la ruptura del régimen de la personalidad como supuesto jurídico, que escapa del ámbito doctrinal civil hacia el estrictamente político y que se manifiesta incluso en el nivel legislativo. Todavía hoy, señala el autor, la consideración institucional de las personas naturales, del nacimiento y extinción de la personalidad civil -y que se remonta básicamente a la redacción originaria de 1789- al limitarse a los momentos temporales en que transcurre la vida humana, da la impresión de que los mismos estados civiles y los derechos de la personalidad no forman parte de la regulación civil de la persona. Y, efectivamente, estas materias no encuentran título propio en la legislación civil española”*.

Incluso en el propio régimen de la capacidad quedaría difuminado en su identificación con la misma personalidad civil que se torna, en su sentido formalista moderno, equivalente a capacidad jurídica según la actual terminología, pese a lo cual sufría modificaciones en la mente del codificador. Toda la fuerza jurídica de la condición humana pasa ahora a integrar la parte dogmática de las Constituciones; y en ella se tiende a garantizar frente al Estado la igualdad formal, que no es otra cosa sino

⁴ Según JARA GÓMEZ, Mariano, Apud DE CASTRO (2008): *Trastornos psiquiátricos y derecho (responsabilidad penal, internamiento, incapacitación)*. Barcelona. Ed. Atelier, pp. 99-100.

*la supresión de las situaciones discriminatorias heredadas del orden medieval y la vigencia de los derechos fundamentales y libertades políticas. Refiriéndose a De Castro el autor advierte que “... este valoró muy negativamente este trasvase disciplinar, entendiendo que el resultado fue salir de zona ordenada, segura y estable, que durante siglos logra constituir el derecho civil y quedar, así, desamparada entre las vagas, mutables y programáticas formulaciones políticas de las cartas constitucionales de valor nominal”*⁵.

Como se puede entender, ajustado a esta larga pero, a nuestro juicio, necesaria cita, el autor entiende que la consagración de los derechos fundamentales inició una época en la que los conceptos de la personalidad como hipótesis jurídica se alejan del ámbito rigurosamente civil para el ámbito político y también el legislativo. Para el autor podría quedarse confundido los conceptos de capacidad con personalidad civil y capacidad jurídica.

Este autor en esta la misma línea, investigando sobre los conceptos cita Savigny, cuando señala: *“El origen de la distinción está, pues, en un cambio del plan tradicional para la exposición científica del Derecho Privado, del cual lo que más llama la atención es el abandono de la consideración institucional de la persona como materia de un tratado o parte especial y la polarización de la parte general (y de todo el sistema) en torno el concepto de relación jurídica.*

Para Chaparro, con esto Savigny está consagrando la noción abstracta o formal de la personalidad como capacidad jurídica y superando definitivamente la influencia del modelo antropológico y medieval de los status. El moderno modelo del individuo — libertad o sujeto de derechos— se traduce jurídicamente, dentro de la teoría de la relación, en dos categorías de capacidad que marcan limitaciones jurídicas de diverso significado, a saber: por un lado, la de la persona como sujeto, o sea, la posesión posible de los derechos, o capacidad jurídica, y, por otro, las de la actuación libre de la persona como principio generador de la relación jurídica, es decir, la posibilidad del ejercicio de los derechos, o sea, la capacidad o facultad de obrar⁶.

⁵ CHAPARRO RAMOS, Enrique. (1995): *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Ed. Tecnos, pp. 72-73. Apud F. DE CASTRO. (1952): *Derecho Civil de España*, Madrid, t. II, parte 1ª., p. 12, n.3

⁶ SAVIGNY, Apud, CHAPARRO RAMOS, Enrique. *op. cit.*, pp. 186-187.

A nuestro modesto juicio el autor relata de forma amplia el cambio de los conceptos de personalidad - capacidad- persona, a lo largo del tiempo, en que concierne al cambio para la adopción en la actualidad de un modelo centrado en el respecto a la libertad individual.

A nuestro entender la capacidad significa la aptitud para adquirir derechos y poder ejercerlos; la personalidad en cambio es el conjunto de estos derechos y obligaciones que se concretizan en la propia persona que, debido a razones involuntarias —las llamadas “causa de incapacitación”— puede tener su capacidad de obrar limitada.

La capacidad de obrar representa la magnificencia de que el ser humano goce de su libertad y ejerza control sobre su vida; esto es, a tener el dominio sobre su conducta en la esfera personal y patrimonial. Además, tener suficiente sensatez para comprender y discernir sobre sus actos para que llegue a afirmar que posee una vida propia e independiente. En consecuencia, la capacidad jurídica es propiedad inmanente de la persona y condición esencial de la personalidad y nadie puede de elle prescindir. Por otra parte, añade el Prof. ARAMBURU que resulta “...*impropia e inexacta la frase con que designan muchos autores a estas causas, denominándolas causas modificativas de la capacidad jurídica, porque (...) las aludidas causas influyen solamente en el ejercicio de la capacidad de hecho, restringiendo más o menos la facultad de obrar, pero quedando incólume la capacidad jurídica que por su esencia posee el hombre*”⁷.

Por lo tanto, es evidente que la capacidad jurídica forma parte de la personalidad y ambas no pueden ser disociadas. No obstante, aún hay autores que, a nuestro modesto entender y conforme menciona el autor supra citado, se equivocan y confunden las limitaciones impuestas por la ley con limitaciones a la capacidad jurídica. Efectivamente, es evidente que la capacidad jurídica no puede sufrir ningún tipo de restricción porque es inherente a la condición humana, es derecho de la personalidad que a su vez es esencialmente igual a todos. Lo que puede ser limitado o restringido, con la debida precaución y cautela, es la capacidad de actuación o de obrar, de asumir obligaciones o responsabilidades, conforme apuntan los artículos 315, 175, 663 del Código Civil Español y los artículos 3º, 4º, 228 - II, III, 1.518, 1.548, 1.550-IV y 1.860

ESPACIO

⁷ ARAMBURU, Mariano, (1931): *Estudio de Las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, P. 27.

del Código Civil Brasileño, que visando la protección institucional delimitan la capacidad de obrar de ciertas personas.

Este mismo profesor define claramente lo que afirmamos. En efecto, el Prof. Mariano ARAMBURO delimita, a nuestro modo de ver con acierto, las diferencias entre las capacidades. La capacidad jurídica, viene a decir, “... *es inherente a la naturaleza humana y, como tal, propiedad esencial del hombre, independiente por completo de su voluntad y de sus determinaciones; la facultad de obrar supone cierto grado de razón actual, requisito indispensable para la libertad, y por tanto para la naturaleza jurídica de las determinaciones voluntarias. Es la capacidad jurídica la esencia, mientras que la facultad de obrar constituye la potencia. De aquí que siendo la capacidad de derecho propiedad común y esencial de todo hombre, no todos los actos humanos surten eficacia jurídica en cuando el sujeto que los realiza se halla privado de esa potencialidad jurídica susceptible de actuación, apta para ejercitarse válidamente*”⁸.

Conforme hemos visto la capacidad de obrar significa la posibilidad de realizar por si mismo actos a merced de la voluntad autónoma y sin sujeción a impedimento alguno, sin el auxilio o la asistencia de nadie. Significa ser apto para asumir sus obligaciones y responsabilidades. Es el derecho a la libre elección y depende de la situación personal de cada sujeto y de las formas de cómo cada uno pueda ejercer su libertad.

En este mismo sentido se expresa el Dr. Carlos GANZENMÜLLER. “*La libertad constituye el hilo conductor de nuestra trayectoria vital. Los hombres no pueden ser si no son libres. La circunstancia humana se compone fundamentalmente de opciones o posibilidades, no de hechos predeterminados, dados o consumados. A través del pleno ejercicio de la libertad, cada individuo elabora una personalidad e identidad propias. La persona se hace cargo de su vida: piensa y se conduce por sí misma, asumiendo su facultad de autodeterminación*”.⁹

Es evidente que para el Dr. GANZENMÜLLER, libertad es sinónimo de capacidad de obrar. Por lo tanto, la capacidad jurídica es condición inherente a todas las personas, es derecho intrínseco de todos los seres humanos y jamás puede ser preterido.

⁸ ídem p.6.

⁹ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos. op.cit. pp. 54-55.

Las personas al nacer ya son titulares de derechos y obligaciones ya que son jurídicamente capaces. En términos similares se pronuncia el Dr. Cristóbal Ruiz, extendiendo tales afirmaciones hacia el sujeto sobre el que gira nuestro trabajo: *“El ser humano, la persona en arraigado término jurídico, posee una capacidad natural que le permite, con conocimiento y voluntad desarrollar sus potencialidades y desenvolverse en sociedad. Esta capacidad jurídica es igual en todos los seres humanos. Pero la llamada capacidad de obrar, componente esencial de la anterior, se modula en cada ser humano a través de las llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, que limitan la capacidad como consecuencia de la falta de autogobierno de la persona a las que afectan. Estas personas, siguen siendo personas, con potencialidades, con derechos, con sueños... Y esa realidad no puede ser desconocida por el Derecho. El mayor reto de las personas con discapacidad ha sido el de convencer a la sociedad de que no son una clase diferenciada, habiendo sido ignorados, ocultados, despreciados y compadecidos a lo largo de la historia”*¹⁰. (Cursivas nuestras)

Es incontestable que la capacidad jurídica es sustantiva, pero la capacidad de obrar puede estar restringida por causas modificativas o impeditivas, o limitada a la práctica de ciertos actos que tengan repercusión jurídica conforme al grado de debilidad que sufra la persona. Es cierto que la intención del legislador es la protección, la preservación del incapaz y favorecer su mejor interés, bienestar y también de seguridad social. Sin embargo, la difícil realidad de los juzgados demuestra, a criterio nuestro, que en la gran mayoría de los casos de incapacitación lo que se pretende preservar realmente es el patrimonio de la familia del incapaz, o asegurar la validez de algún negocio jurídico en el que el incapaz esté envuelto.

Volviendo al tema de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, también merece la pena citar el fallo de una sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila - sentencia núm. 164/2002 de 05 de Julio, que diferencia bien entre ambos conceptos. Tratase de una declaración de incapacitación parcial cuya causa es que la persona sufre de un retraso mental leve, acrecido de trastorno de conducta con los síntomas reiterados de suicidio y contenidos paranoides hacia ciertos familiares y aún carece de conciencia de la enfermedad y se niega a someterse a tratamiento. Aunque sufra de tan grave enfermedad, el Tribunal pondera la intensidad del padecimiento bajo la personalidad del

¹⁰ RUIZ FÁBREGA, Cristóbal Francisco (1998) *Protección legal de Incapaces*, Madrid, Ed. Colex. p 9.

enfermo. En los fundamentos jurídicos el Tribunal define, para mí con sapiencia, lo que se considera la capacidad jurídica, la personalidad y la capacidad de obrar de la siguiente forma:

*“La capacidad jurídica es la aptitud innata de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculando dicha aptitud el Código Civil a la condición misma de persona en cuanto el art. 29 dice que “el nacimiento determina la personalidad”, pero la posibilidad de la titularidad de derechos y obligaciones sólo se reconoce a quienes se estima que reúne las cualidades necesarias para “gobernarse por sí mismos”, y, en contraposición, la incapacitación supone una privación de dicha capacidad de obrar aunque no absoluta, de acuerdo con el art. 210, por lo que quizá es más correcto decir que supone una limitación de la misma que sólo se explica como una excepcional medida de protección del propio incapaz, ya que la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya la presunción por una prueba concluyente en contrario”*¹¹.

A nuestro juicio el Tribunal explica muy bien lo que son los conceptos cuando menciona que el nacimiento determina la personalidad; sin embargo, la condición de asumir derechos y obligaciones sólo nace con la capacidad de obrar.

Ahora bien, no se puede hablar de derecho de la personalidad sin hacer referencia a los dictámenes expresos en el artículo 12º de la Convención de Nueva York sobre los derechos de los discapacitados¹². Así, de acuerdo con ésta *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida”*. Adicionalmente, *“los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad y el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. En todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias*

¹¹ Audiencia Provincial de Ávila – Sentencia núm. 164/2002 de 5 de Julio. JUR/2002/228867.

¹² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de las Naciones Unidas, 13 de Diciembre de 2006. Resolución aprobada por la Asamblea General 61/106.

adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

Efectivamente, la Convención de Nueva York es un marco fundamental para el reconocimiento de los derechos de los discapacitados, tanto España como Brasil. No obstante en el Juzgado de Salamanca la Convención es citada en todos los casos que el Ministerio Fiscal insta la incapacitación,¹³ una decisión loable teniendo en vista la divulgación de esta pacto; pero en Brasil lamentablemente es mencionada muy poco, en realidad apenas conocida. Esta convención en este artículo ratifica la necesidad de periódicamente hacerse una valoración del grado de incapacitación para adecuar a la medida de protección.

Para ilustrar ésto y de manera concluyente, bien sentencia la Dra. Paloma LUBÉN BARTHE que: *“Se puede decir, de acuerdo con la mayoría de los autores, que la personalidad jurídica es un conjunto de cualidades que el derecho reconoce a las personas, y que la cualidad jurídica fundamental es la capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular (o sujeto) de relaciones jurídicas (o de derechos y obligaciones). Sus características principales son las de ser fundamental, una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres”*¹⁴.

¹³ Estoy refiriéndome a la comarca de Salamanca, específicamente el 8º Juzgado de familia.

¹⁴ LUBÉN BARTHE GARCÍA, Paloma. (1999): *El proceso de Incapacitación por Enfermedades o Deficiencias Físicas o Psíquicas, Análisis del Procedimiento Actual y del Previsto en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes, p. 93.

- **Sobre la doctrina y jurisprudencia brasileña.**

La Constitución brasileña en su artículo 5º establece que: *Todos son iguales delante a ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizado a los brasileños e a los extranjeros residentes en Brasil la inviolabilidad del derecho à vida, à libertad, à igualdad, à seguridad e à propiedad.*

Con relación a la capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio, el artículo primero del Código Civil brasileño determina que: *Toda persona es capaz de derechos y deberes en el orden civil.*

Estos dos artículos se entremezclan y forman el pilar del ordenamiento jurídico brasileño teniendo por principios orientadores: La dignidad de la persona humana, la solidaridad social y los Derechos de la personalidad.

Para Francisco do AMARAL SANTOS: Con todo, no se puede olvidar que la Constitución Federal de 1988 instauró un nuevo orden jurídico instituyendo principios e imponiendo la necesidad de reflexiones sobre el sistema jurídico hasta entonces existente. A partir del texto constitucional el ser humano pasó a ocupar la cúspide del sistema normativo no siendo admisible continuar con la identificación de la persona humana con una lógica tan patrimonialista cuanto ha traído por el artículo 1º del CC. La referida norma, al emplear el término personalidad como sinónimo de capacidad de derecho adopta un entendimiento ya superado. Los conceptos de capacidad y personalidad son conexos, mas, no son sinónimos pues se compenetran, pero no se confunden¹⁵. (La traducción es nuestra)

Comparto con la opinión del Dr. Amaral Santos, pues efectivamente los conceptos de capacidad y personalidad están vinculados pero no son sinónimos. A nuestro juicio la Constitución de 1988 ha resaltado de forma muy enfática los derechos que corresponden a la personalidad.

Con relación al tema es importante citar las enseñanzas de Pietro PERLINGIERI, que la Dra. Célia BARBOSA ABREU cita con mucha pertinencia:

¹⁵ AMARAL SANTOS, Moacir. (2003). op.cit., p. 220.

“Urge superar la visión estructural de la personalidad y adoptar una valuación funcional o subjetiva. Sujeto no es personalidad. La mera referencia a la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas no se confunde con la noción de personalidad. La personalidad necesita ser vista como valor objetivo, como bien jurídicamente relevante – valor y bien que se realizan de forma dinámica desde el nacimiento hasta la muerte de la persona, desenvuelto a través de una educación propia, por medio de elecciones propias”¹⁶

Tal posicionamiento es ratificado en las enseñanzas de la Profesora María Helena DINIZ, quien deduce que: *“La personalidad consiste en el conjunto de caracteres propios de la persona. La personalidad no es un derecho, de modo que sería un erróneo afirmar que o ser humano tiene derecho a la personalidad. La personalidad es que apoya los derechos y deberes que de ella irradian, es el objeto de derecho, es el primer bien de la persona, que le pertenece como primera utilidad, para que ella pueda ser lo que es, para sobrevivir y adaptarse a las condiciones del ambiente en que se encuentra, sirviéndole de criterio para evaluar, adquirir y ordenar otros bienes”¹⁷*.

Con relación a la definición de los conceptos aquí estudiados, hemos de destacar a Dr. Washington de BARROS MONTEIRO que nos ofrece claras definiciones de capacidad jurídica, capacidad de obrar, personalidad y persona: *“El artículo primero del Código Civil brasileño, expresa que todos los hombres son capaces de derechos y obligaciones, surge la noción de capacidad, que se entremezclan con la personalidad y con el concepto de persona. Efectivamente los diversos elementos de la primera constituyen la segunda que se concretizan y se realizan en la tercera. Capacidad es la aptitud para adquirir derechos y ejercer, por si o por otra persona, los actos de la vida civil. El conjunto de estos poderes constituyen la personalidad, que localizándose o concretizándose en un ente, forma la persona. Así, la capacidad es elemento de la personalidad y está proyectándose en el campo del derecho, se expresa por la idea de persona/ente capaz de derechos y obligaciones. Significa entonces que la capacidad*

¹⁶ BARBOSA ABREU, Célia. (2009): *Curatela e Interdição Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, pág. 60.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. (2003): *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1: Teoria geral do direito civil. 20ª ed. rev. aum. São Paulo, Saraiva, p. 119.

exprime poderes o facultades, la personalidad es la resultante de estos poderes; pero la persona es el ente a quien la orden jurídica otorga estos poderes”¹⁸.

A nuestro juicio, conforme ya hemos señalado anteriormente la definición del profesor explica con claridad lo que se puede definir como capacidad, personalidad y persona. Para el profesor, la capacidad es la disposición de conquistar derechos y asumir obligaciones, el conjunto de estas prerrogativas forma la personalidad que se concretizan en la persona. Consecuentemente la capacidad jurídica es elemento esencial de la personalidad y de ella no puede ser apartada.

Dispone Francisco AMARAL SANTOS que: *“Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que tiene por objeto los bienes y valores esenciales de la persona, en su aspecto físico, moral e intelectual.”*¹⁹

Con relación al ordenamiento jurídico brasileño justifica el Dr. Gustavo TEPEDINO que *“La equiparación entre personalidad y capacidad no se justifica pudiendo ser considerada un grave error conceptual. La idea de la personalidad debe estar asociada a la dignidad de la persona humana, objeto de tutela privilegiada en el orden constitucional, mientras la subjetividad comprende la posibilidad de figurar en uno de los polos de la relación jurídica. De esta forma se hace necesario entonces conceder dos sentidos para la noción de personalidad: de un lado, el conocimiento significativo del atributo conferido por la orden jurídica a todas las personas, que les permite figurar en las relaciones jurídicas del otro, mientras el valor jurídico que viene de la persona humana, valor fundamental del ordenamiento jurídico patrio”*²⁰.
(Traducción nuestra)

Es opinión nuestra que estos conceptos arriba señalados se complementan. Es cierto que la personalidad no es un derecho porque ella se incorpora en la propia persona, los valores intransmisibles es que van hacer parte de los derechos de la personalidad y que componen los derechos fundamentales.

¹⁸ MONTEIRO DE BARROS, Washington. (1975): *Curso de Direito Civil - Parte geral*, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 56-57.

¹⁹ AMARAL, Francisco. (2002): *Direito Civil: Introdução*. 4.ªed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, p.243.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. op.cit. pp. 60, 61.

Estamos de acuerdo con el Dr. TEPEDINO en que el ordenamiento jurídico brasileño prioriza entre los demás principios constitucionales el de la dignidad de la persona humana como el elemento fundamental sobre el que se asientan las relaciones jurídicas, conforme al artículo art. 1º: *La República Federativa do Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho e tiene como fundamentos:*

I - La soberanía;

II - La ciudadanía;

III - La dignidad de la persona humana;

IV - Los valores sociales del trabajo y de libre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Conforme ya hemos expuesto en líneas anteriores todos los hombres nacen capaces. La incapacidad es una excepción en el ordenamiento jurídico brasileño que enumera los casos de incapaces relativos y aquellos absolutamente incapaces. Citaremos por lo pronto los artículos del Código Civil, hablaremos más detalladamente cuando trataremos sobre las causas de incapacidad.

El artículo 3º señala: *“Son considerados absolutamente incapaces de ejercer personalmente los actos de la vida civil:*

I - Los menores dieciséis años;

II - Los que por enfermedad o deficiencia mental, no tuvieren el necesario discernimiento para la práctica de estos actos;

III – Los que, mismo por causa transitoria, no puedan expresar su voluntad.

El artículo 4º:

I – Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años;

II - Los borrachos habituales, los viciados en tóxicos, y los que por deficiencia mental, tengan el discernimiento reducido;

III - Los excepcionales, sin desenvolvimiento mental completo;

IV - Los pródigos.

Los indicados por el art. 3º I, II están sujetos a la interdicción judicial a través de la curatela, así como también los expresados en los arts. 4º II, III, IV.

Para Orlando GOMES, la ley priva de capacidad a aquellos que ella presume no tienen discernimiento necesario para la práctica de algunos o de todos los actos jurídicos. Luego, la incapacidad no tiene la misma extensión. Este autor afirma también de la existencia de una incapacitación natural lo que define como la incapacitación de comprensión o de querer, lo que no es jurídicamente declarada²¹.

Con respecto al asunto del controvertido comienzo de la personalidad según los diversos ordenamientos jurídicos, nos gustaría hacer un breve comentario acerca de la legislación española. El Código Civil Español en su artículo 29 expresa: “*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*”; puesto que el artículo 30 manifiesta que: “*...para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”.

A nuestro entender es una norma un tanto polémica, puesto que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos prescinde de esta exigencia, garantizando todos los derechos a los concebidos y nacidos independientemente de sus características físicas.

En el derecho español basado en el Código de las Siete Partidas, en concreto en la sexta partida del Rey Alfonso X “el Sabio”, se acordó, con base en la teoría de la figura humana, que se consideraba más importante la anatomía, por lo tanto, si el niño tenía alguna deformidad era descartado o bien se lo lanzaba al río o abandonaba en el monte.

²¹ GOMES, Orlando. op. cit. p. 153-154.

Sobre los inicios de la idea de la personalidad en la legislación española cuestiona el jurista brasileño Caio Mario da SILVA PEREIRA que “... *el código civil español, en el artículo 30, exige que el recién nacido tenga forma humana y haya vivido durante 24 horas para adquirir la personalidad. Lo expresado en este artículo, sin embargo, es abiertamente contrario a la Convención de la ONU sobre los derechos de los niños de 1989 que fuera ratificada por España en 1990, vigente desde 1991, especialmente en su artículo séptimo según el cual los niños al nacer tienen derecho a un nombre*”²².

Es criterio nuestro, que la manera en la que el Código Civil Español trata el inicio de la personalidad es cuando menos contradictorio. Y ello es así puesto que no se entiende de qué manera puede el aspecto externo de un ser, cuya apariencia va a sufrir cambios significativos según los rasgos evolutivos propios de su edad y su desarrollo, tener importancia para determinar su personalidad. La misma exigencia de veinticuatro horas de vida para la adquisición de la personalidad, a nuestro modesto entender, es incoherente y desfasada. Hoy día, en casi todas las recopilaciones civiles se garantizan los derechos desde la concepción. Cabe preguntarse: en la legislación española, durante las primeras veinticuatro horas del nacido ¿cuál es el status jurídico de la persona que ya ha salido del vientre materno? Indubitablemente pensamos que el *nasciturus* es persona y como tal es dotado de personalidad y capacidad jurídica. GARCÍA GOYENA²³ que hizo una breve glosa de las causas que alimentaban el establecimiento de un plazo para que se considerase nacido al ser humano, concluye que se trataba de una prueba de viabilidad de aquél con la que se quería evitar que la línea sucesoria o de herencias pendiera de un solo instante de vida del recién alumbrado. Para ello se fijaba el transcurso de cierto tiempo, a la vez que se suprimía el requisito del bautismo presente en Códigos y Fueros antiguos, ya que se trataba de un elemento extraño a las leyes físicas y a los efectos civiles. Sobre la base de las consideraciones anteriores GARCÍA GOYENA trayendo a colación la legislación histórica sobre la que se asentaba, afirma que estas venían a constituir la tres disposiciones del Derecho Romano y otras dos del denominado Derecho de la Recepción o común, que, como es sabido, era tributario del anterior.

²² DA SILVA PEREIRA Caio Mario (2002): *Instituições de Direito Civil*. Ed. Forense, pp. 220 y siguientes.

²³ Artículo de autoría del Prof. Dr. Juan Luís Sevilla Bujalance: *Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español*. Publicado el 02/01/2010 por el centro de estudios jurídicos Tomas Moro, actualizado el 24/01/2010 en la siguiente dirección electrónica [www. iustitiae.Tomas-moro.org](http://www.iustitiae.Tomas-moro.org).

Ahora bien, si antes de las veinticuatro horas de ocurrido el “*nasciturus*” no se adquiere la personalidad y, en consecuencia, se concluye que no puede ser titular de derechos y obligaciones de orden civil, entonces, ¿por qué los artículos 627 y 959 del Código Civil Español les conceden la facultad de recibir la herencia, entre otros derechos? Las dudas no se disipan tampoco si observamos el curso de las donaciones hechas u otros negocios jurídicos que son estipulados para aquellos concebidos y no nacidos. Cabe la pregunta: ¿los derechos y obligaciones podrán ser aceptados por las personas que legítimamente los representan? ¿Cómo hay representación de un ser que no tiene personalidad? Esta controversia se extiende a la previsión constitucional fijada en la máxima norma española en su artículo décimo²⁴.

Para Juan Carlos Menéndez Mato:

“Ante esta situación, no falta algún autor que apoyándose en los diferentes términos empleados por el art. 29 C.C - «el nacimiento determina la personalidad» - y 30 C.C «para los efectos civiles, sólo se reputará nacido»- desarrolla, con referencia a la persona física, una neta distinción entre personalidad jurídica y capacidad jurídica. De modo que la «personalidad jurídica» otorgaría a todo nacido derechos humanos fundamentales con independencia de que se cumplan los requisitos exigidos por el art. 30 CC. Requisitos que serían valorados sólo a los efectos de que el nacido adquiriera capacidad jurídica, en cuanto aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (BUSTOS PUECHE, 2006, 65 y 71 y ss.)”²⁵.

En definitiva, lo cierto es que el nacimiento determina la personalidad, en consecuencia la capacidad jurídica deviene en una cualidad inherente a todas las personas. Se concluye, lógicamente, que el ser humano luego después que sale del vientre materno, independientemente de su condición de salud y forma física, ya adquiere la personalidad. Además la personalidad humana existe y produce sus efectos desde el momento mismo de la concepción. Reiteramos que el sustantivo, a nuestros

²⁴ 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

²⁵ MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. (2010): *Comentarios al Código Civil*, dirigido por Andrés Domínguez Luelmo y otros, Valladolid, Ed. LEX NOVA. pp. 129-130.

efectos, ocurre con la separación del feto con respecto del cuerpo de la madre, ya sea el nacimiento antes de los nueve meses y por cualquier medio que se emplee.

En cualquier caso, creemos que es gratificante la comprensión y el buen juicio dominante en la doctrina española que ha afirmado que el nacimiento se ha producido cuando el niño haya salido totalmente del seno materno, aunque no se haya cortado el cordón umbilical; absurdo sería defender que un ser concebido no es humano porque no tiene aspecto de niño²⁶.

En los Comentarios al Código Civil por Bercovitz RODRÍGUEZ- CANO, menciona: *“Efectos civiles se reputan aquellos atinentes a la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina, a efectos distintos de los civiles, como en relación con la titularidad de los derechos fundamentales y de la personalidad o del derecho de alimentos, o la protección penal del recién nacido (v. STS, Sala 2ª, 29 noviembre 2001), se le considera persona desde el mismo momento de alumbramiento, sin necesidad de esperar el trascurso de veinticuatro horas”*²⁷.

Veamos ahora con perspectiva el mismo tema en el Código Civil Brasileño. Desde el artículo segundo se declara que la personalidad civil empieza con el nacimiento con vida; más aún, la ley garantiza el derecho del *nasciturus* desde la concepción.

En Brasil tomó forma como doctrina la teoría de la vitalidad. El legislador brasileño condicionó el comienzo de la personalidad al nacimiento con vida y garantizó el derecho del *nasciturus* desde el momento mismo de la concepción, esto es, si el ser nace con vida aunque sea efímera conquista la personalidad y adquiere por este hecho sustantivo derechos y obligaciones.

El artículo 2º del Código Civil brasileño establece que la personalidad civil de la persona empieza con el nacimiento con vida; pero la ley pone a salvo desde la concepción los derechos del nascituro.

²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. (2009): *Comentarios al Código Civil*, cita como defensores de esta doctrina: LA CRUZ, pág. 10; HUALDE, pág. 117 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, p.321, Navarra, Ed. Aranzadi.

²⁷ GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso. (2009): *Comentarios al Código Civil*, ídem, p.146.

En lo tocante al nascituro, el artículo 1.779 establece que en caso de fallecimiento del padre estando embarazada la mujer será concedido al nascituro un curador especial, así:

“Será Dado curador al nascituro, se el padre fallece estando embarazada la mujer y no teniendo el poder familiar.

Parágrafo único: Se la mujer estuviera interditada su curador será el mismo del nasciturus”.

Clóvis BEVILACQUA, entiende que el nombramiento del referido curador constituye un grave error de técnica, en el nascituro aun no existe jurídicamente, si él no pasa de mera *spes hominis*, no se comprende pueda tener curador²⁸. Sobre esto complementa Washington de BARROS MONTEIRO que solamente hay interés en el nombramiento si el nasciturus tiene a recibir herencia, legado o donación. Será él entonces en esta coyuntura, titular de derechos, mientras subordinados a la condición de suspensiva, el nacimiento con vida²⁹.

No compartimos el posicionamiento del Dr. Clovis. Si el padre falleció dejando a la mujer embarazada, los derechos hereditarios del nasciturus tienen que ser resguardados a través de un curador.

La legislación brasileña desde muy temprano desvinculó la adquisición de la personalidad de las obsoletas argumentaciones de tipo somáticas y la viabilidad de la forma humana del ser.

Con relación a los derechos del nasciturus conviene citar una interesante sentencia del Tribunal de Sao Paulo del 15 de Marzo de 1993, en la cual la madre solicita a través de una acción de investigación de paternidad el reconocimiento del feto por el supuesto padre, es decir antes del nacimiento del hijo. El Tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

Ilegitimidad de la parte - activa- ocurrencia investigadora de paternidad ajuiciada por la futura madre del nascituro - inadmisibilidad, ausencia de

²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis (1953): *Teoria Geral do Direito Civil*, 6, Ed. Rio de Janeiro, por: Paulo de Azevedo, 1953, p.13. BEVILÁQUA es autor del proyecto del Código Civil Brasileño de 1916.

²⁹ BARROS MONTEIRO, Washington. (1976): *Curso de Direito Civil – Direito de familia*, Sao Paulo, ed. Forense, p. 299.

*personalidad, porque al nascituro falta capacidad de ser parte y de se hacer representar en el juicio, aplicación del artículo 7º del Código de Proceso Civil – recurso denegado. Aunque la ley ponga a salvo desde la concepción los derechos del nasciturus, la personalidad civil del hombre empieza del nacimiento con vida*³⁰.

Concordamos con el Tribunal porque para la adquisición de cualquier derecho va a depender de la existencia de la personalidad.

Volviendo al tema del concepto de capacidad en el derecho español, el razonamiento seguido lleva a pensar que solamente la muerte priva de la capacidad jurídica. Por ello, ni la deficiencia mental ni cualquiera otra de las causas llamadas de incapacidad privan a quien la sufre de la capacidad jurídica señalada. Sobre ello aclara José Luis GUTIÉRREZ CALLES: *“Una primera conclusión de lo dicho hasta ahora es que ni la enfermedad mental ni cualquier otra enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma, priva a quien la sufre de capacidad jurídica y sí de capacidad de obrar en la extensión y con los límites que marque la sentencia de incapacitación”*³¹.

A nuestro parecer el autor explana con acierto la materia. Sin embargo, de este modo coexisten personas con discapacidad o dependientes que tienen a priori plena capacidad de obrar cuando reciben apoyo familiar o institucional, con personas incapacitadas judicialmente sometidas a alguna figura de guarda, con las que no tienen ayuda. Como hemos señalado anteriormente, en nuestros días la persona que sufre de una enfermedad y que está imposibilitada de efectuar algunas actividades puede ser plenamente adaptado a la vida cotidiana, gracias a que la medicina ha puesto a la disposición nuevos fármacos y nuevas terapias que pueden llevar a aquel que tiene una enfermedad, antes incapacitante, a tener una vida normal con la enfermedad bajo cierto grado de control.

Vale señalar, adicionalmente, que en lo que concierne a las limitaciones de la capacidad de obrar que supuestamente dieran origen al cambio de status del enfermo y su incapacitación, es de suma importancia analizar las secuelas de la dolencia sobre la personalidad del enfermo. De forma que este nuevo status no venga a anular la

³⁰ Tribunal de Justicia de Sao Paulo - apelación civil – 181471-1, el 15-04-1993, 5ª Câmara - Rel. Marcus de Andrade.

³¹ GUTIÉRREZ CALLES, José Luis. ob. cit. p. 129

personalidad del presunto incapaz, menoscabando su derecho fundamental de autonomía. Sobre la base de las consideraciones anteriores el Dr. Enrique CHAPARRO apunta que: *“El ámbito de la capacidad de obrar, pues con esta categoría técnica se traduce jurídicamente un aspecto dinámico y un valor de la persona como sujeto de los actos jurídicos, que pretende tener en cuenta precisamente su misma realidad psicológica, la existencia y el funcionamiento de las facultades propiamente humanas, lo que se llama, algo crípticamente, desde la redacción originaria del Código Civil la capacidad de gobernarse por sí mismo, actual artículo 200”*³².

Al respecto ha decidido el Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 2898/1999 - Sala de lo Civil, en 30 de Junio de 2004³³. Brevemente referimos los hechos y las motivaciones del fallo. Estos son: *“...según informa el médico-forense padece el presunto incapaz de retraso mental ligero o leve, patología crónica e irreversible cuyo diagnóstico es oligofrenia con personalidad psicópata (...) con todo resulta incapaz de tener una vida autónoma [para concluir que] su persona es muy influenciable y de fácil engaño en un medio social normal”*.

La sentencia del Tribunal de 1ª Instancia lo consideró totalmente incapaz y determinó la tutela para el Centro de Almacelles de San Juan de Dios, porque el deficiente carecía de parientes próximos. Contra la sentencia interpuso recurso de casación la Defensora Judicial por infracción de los artículos 200, 208 y 210 del Código Civil, el artículo 120 de la Constitución Española y de fundadas jurisprudencias. Alegando que la medida tuitiva adoptada debería ser la curatela, porque solamente hay que limitar algunas de las acciones del incapaz. El Ministerio Fiscal corroboró el entendimiento de la Defensora Judicial y ambos alegaron que tratándose de una persona con mediana o ligera debilidad mental, no conllevaba a una incapacidad total o absoluta y procedía establecer una cierta autonomía personal y una limitada capacidad de administrar “dinero de bolsillo”. El Tribunal Supremo en su argumentación expresa de forma magistral lo que sigue:

“El derecho a la personalidad del ser humano, consagrado en el art.6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo

³² CHAPARRO RAMOS, Enrique. *La persona y su capacidad civil...* op. cit., p. 121.

³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) – Sentencia núm. 646/2004 de 30 de Junio – RJ/2004/4283.

que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad. Y por fin decide casar la decisión de primera instancia y aplicar al incapaz la incapacidad relativa, no impeditiva de la implementación de una curatela con expresión de la intervención del curador en determinados actos sea de naturaleza personal, sea de carácter patrimonial”.

El problema de las limitaciones para el ejercicio de la capacidad de obrar y actuar, en los términos antedichos, no es desdeñable en términos cuantitativos si revisamos el número de personas susceptible de padecer estas limitaciones en España. El Informe del Observatorio Estatal de la Discapacidad —Olivenza 2010— ha hecho una investigación sociodemográfica sobre el perfil de los discapacitados, estimando e más de cuatro millones las personas que en España presentan problemas físicos, psíquicos o sensoriales, y que dentro de estos, unos tres millones ochocientos residen en hogares y el resto en residencias especializadas. De los que viven en casa, unos dos millones cuentan con la ayuda de un cuidador, de los que sólo en el ocho por ciento de los casos es una persona contratada; es decir, casi en el noventa por ciento de los casos se trata de familiares que dedican buena parte de su tiempo —una jornada laboral en muchos casos— a este servicio³⁴. Ahora bien, estas cifras no se refieren a personas que precisen de una incapacitación judicial pues aun teniendo diferencias físicas o psíquicas pueden no tener afectado su autogobierno (art. 200).

Para el caso de Brasil, la realidad demuestra que cada día se eleva más el número de personas que sufren alguna deficiencia o disfunción que los mengua o imposibilita de obrar. En el último censo realizado en 2010, según el IBGE - Instituto Brasileño de Geografía y Estadística- más de 45,6 millones de brasileños declaran tener alguna deficiencia, segundo datos do Censo Demográfico 2010, divulgado por el Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). El número representa 23,9% de la población del país. La deficiencia visual es la más aparece entre las respuestas de los entrevistados, llegando a la cifra de 35,7 millones de personas. Por el estudio, 18,8% de los entrevistados afirmaron tener dificultades para ver, sea ya con gafas o bien con lentes de contacto. Entre las personas que declararon tener deficiencia visual, más de 6,5

³⁴ Información obtenida por el site: [solidaridad/el mundo.es](http://solidaridad/el_mundo.es). A través de una pesquisa hecha por el Instituto ONCE. www.observatoriodeladiscapacidad.es —Informe Olivenza 2010—.

millones dijeran tener dificultades de forma severa y 6 millones afirmaron que tenían dificultades de visión. Más de 506 mil informaran tener algún tipo de ceguera.

Según el IBGE la deficiencia motora aparece como la segunda más relatada por la población: más de 13,2 millones de personas afirmaron tener algún grado del problema, o sea que equivale a 7% de los brasileños. La deficiencia motora severa fue declarada por más de 4,4 millones de personas. De estas, más de 734,4 mil dijeran no conseguir caminar o subir escaleras de modo alguno y más de 3,6 millones informaran tener gran dificultad de locomoción.

Cerca de 9,7 millones declaran tener deficiencia auditiva (5,1%). La deficiencia auditiva severa fuera declarada por más de 2,1 millones de personas. De estas, 344,2 mil son surdas e 1,7 millones de personas tienen gran dificultad de oír. La deficiencia mental o intelectual fuera declarada por más de 2,6 millones de brasileños³⁵.

Para concluir, hechas las consideraciones anteriores, convengamos en que para que un ser humano tenga una vida plena hace falta que goce de la capacidad de obrar. No obstante, si esto no es posible, es de vital importancia que no solamente las instituciones estatales sino también la sociedad y principalmente la familia proporcionen a los carentes de capacidad de obrar un estadio digno de la condición humana ajustada al orden normativo que en este trabajo analizamos y que en nuestros días define un marco de derechos en procura de su realización.

1.2. Causas para la incapacitación. Análisis del artículo 200 del Código Civil español. Referencias al artículo 1.767 del Código Civil brasileño.

En principio es oportuno definir que la incapacitación es la restricción legal que imposibilita a una persona total o parcialmente para los actos de la vida civil. La incapacitación es consecuencia de causas o motivos que merman el autogobierno o y el poder de discernimiento, sean estas físicas, mentales o sensoriales. Ello es así hasta el extremo que el individuo necesita de protección institucional para ejercer sus derechos y contraer obligaciones. En estas condiciones, el Estado prestacional desplegando sus competencias administrativas e institucionales encuentra en la incapacitación la respuesta jurídica para protección del enfermo. Ello es así puesto que es presupuesto de

³⁵ Información obtenida por el site: <http://globo.com/Brasil/noticia> 2012/04 – A través del Instituto brasileño de geografía y Estadística, referente al Censo de 2010.

eficacia de los negocios jurídicos que estos sean practicados por una persona con los atributos de personalidad que favorezcan la conciencia de lo que está haciendo, en pleno goce de libertad de acción y administración de su vida; en resumen, que tenga capacidad de decisión, y, si faltara esta, que esté en condiciones de facultar la representación legal.

Con relación a la incapacitación la Dra. Eva MARTÍNEZ advierte que la incapacitación modifica el estado civil de las personas imposibilitándolas para gobernarse por sí mismo desde el mismo momento en que lo sentencia la resolución judicial declarándola manifiesta. Sobre la reforma sobrevinida por la ley 13/1983, de 24 de octubre la Dra. Eva con relación a la gradación e individualización de la incapacitación resalta: Sin embargo, este nuevo estado no es uniforme, la reforma trata de resolver las anomalías en la regulación que había hecho de esta materia en el Código Civil de 1889, si bien la razón última de la reforma se encuentra, como muy bien ha puesto de relieve Díez- Picazo, en la preocupación por la situación de los que eufemísticamente se han llamados subnormales o minusválidos³⁶.

Sostenemos en este trabajo que las verdaderas causas de la incapacitación-interdicción son las enfermedades mentales graves, porque una deficiencia física puede limitar o menguar la capacidad de obrar, pero ésta puede ser minimizada a través de una adecuada estructura de apoyo, o de una incapacitación en grado mínimo que precise de una figura de guarda que sólo complementa su capacidad a modo de curador.

Posteriormente abordaremos las causas que conllevan a la incapacitación en España y a la interdicción en Brasil. Asimismo, sobre el tipo de guarda a ser adoptado para que el Estado ejerza la protección de aquellos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad de acuerdo con el argumento desarrollado hasta aquí.

1.2.1. Causas de Incapacitación en el Derecho español:

El artículo 200 del Código Civil Español determina: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o*

³⁶ MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María. (2004): *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela en Protección Jurídica de los mayores*. Madrid, Ed. La Ley, pp. 147-148.

psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Este dispositivo legal no especifica cual son las deficiencias y enfermedades que pueden conllevar a la incapacitación. Es más bien de orden genérico, impreciso; sin embargo, precisa dos características que no podemos soslayar, a saber, (a) que las enfermedades sean persistentes, y que (b) impidan que la persona puede ejercer su vida conforme su voluntad y con independencia.

Al comentar el sobredicho artículo 200 la Dra. Paloma GARCÍA BARTHE afirma que: *“Este artículo es significativo, no sólo por las causas de incapacitación que contiene, sino también por las que excluye, debido a que, tras la reforma, la única finalidad de la incapacitación, será la de protección del incapaz y dejará de tener sentido la incapacitación como pena o sanción. Secuenciando enfatiza, la novedad más significativa de la reforma fue sin duda el cambio de una enumeración rígida y taxativa, por un criterio amplio y flexible de causas”*³⁷.

Esto criterio amplio y flexible de las causas a que se refiere la profesora es en lo que permite bien a la Administración, bien al Juez, tener un amplio margen de libertad en el momento de aplicar la medida de protección adecuada y sus grados. Para el Dr. Enrique CHAPARRO RAMOS: *“El tratamiento jurídico-civil de la personalidad, a pesar de su prioridad sistemática y valorativa, ofrece un contenido normativo mínimo, en parte anacrónico y en el resto disperso y descodificado, que, en sus líneas maestras no ha superado todavía el nivel de insustancialidad, en que lo colocó el liberalismo y lo mantuvo la doctrina formalista. Ni en el fondo ni en la forma las categorías de la capacidad jurídica y de obrar reciben en el Código un tratamiento autónomo o sustantivo, basado en la persona como institución, sino que ostenta el rango inferior de parte o elemento de las demás instituciones. En la doctrina civil, la teoría de las causas modificativas de la capacidad, sin desplazar del todo a la de los status, se erige como la clave explicativa y el núcleo de materia más extenso e importante en el actual derecho de la persona. La doctrina española no ha construido esta parte del ordenamiento sobre la base del valor institucional de la persona, ni ha dotado a este concepto de la suficiente entidad jurídica como para aglutinar aquel régimen de una forma unitaria y actualizada, sino que se siguen considerando fragmentariamente los diversos estados y*

³⁷ LUBÉN BARTHE GARCÍA, Paloma. óp. cit., pp. 100-101.

condiciones ligados o no a la capacidad de obrar, en un esquema eclético y sin estructura lógica, que sólo se hace inteligible en virtud de la historia del derecho”³⁸.

Por las consideraciones anteriores, continúa el Dr. CHAPARRO RAMOS, *“podemos concluir que, sobre las teorías de las causas de incapacitación, conviene el profesor que debería ser más bien explorada por el ordenamiento jurídico, que tratándose de un tema de máxima relevancia para los derechos de la personalidad, la persona debería ser considerada como sujeto y eje central de la doctrina alrededor de cuya realización se informe el ordenamiento jurídico. Ello obviamente no es así. Como se puede entender, la norma del artículo 200 es imprecisa. Sin embargo, para que se proceda la incapacitación deberán ser enfermedades o deficiencias actuales, no pasadas ni futuras y deben afectar el poder de elección, o lo que es igual debe estar resquebrajada la voluntariedad de los actos con trascendencia jurídica.*

Es indiscutible que el artículo que estamos analizando del Código Civil Español³⁹ no se remite a ninguna clasificación médica oficial, ni a la nomenclatura propia de la medicina, para determinar qué enfermedad o deficiencia debe padecer una persona con el objeto de que proceda su declaración de incapacidad. Señala la doctrina que esta vaguedad o imprecisión fue realmente propiciada por el legislador, con la finalidad de evitar caer en un excesivo casuismo y para reflejar que la causa real de la incapacitación no es la enfermedad concreta padecida por una persona, si no influye en la misma, y en qué grado le afecta”⁴⁰.

En suma, nosotros pensamos que el objetivo de la incapacitación es la protección jurisdiccional de la persona y su efecto es asegurar la eficacia de los ejercicios de sus derechos y obligaciones. Cabe decir entonces que la expresión gobernarse a sí mismo no es sino guardarse o dirigirse en el ejercicio de sus derechos civiles, lo cual debe entenderse, en términos generales, como la adopción de un comportamiento considerado normal y responsable con relación a la sociedad y a su persona y bienes.

³⁸ CHAPARRO RAMOS, Enrique. ob. cit., pág. 449.

³⁹ Véase a DIEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEON. (1986): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. artículos 199-210, Ed. Tecnos, pp. 177-195.

⁴⁰ Es el posicionamiento de GANZENMÜLLER, C. Y ESCUDERO, J. F....op. cit., pág.153.

A nuestro entendimiento las causas que más determinan la incapacidad jurídica, conforme hablamos anteriormente, son los trastornos o enfermedades mentales graves, aquellos que afectan a las funciones cerebrales y acaban por disminuir el sentido común. Las enfermedades físicas pueden delimitar algunas acciones, conforme ya expusimos anteriormente, pero muy difícilmente lleva a la total incapacidad.

Es pertinente hacer mención de las palabras del Tribunal en una sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Zamora, Sección Civil 1ª, 07-03-2005, Sentencia/ 68444, que trató sobre las características de la deficiencia mental para que pueda dar lugar a una incapacidad y menciona lo que se sigue:

Características de la deficiencia mental para que pueda dar lugar a una incapacidad: habitualidad y sustancial afectación al autogobierno.

El artículo 200 del Código Civil establece como causas de incapacidad las enfermedades y las deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, siempre que determinen la imposibilidad de gobernarse por sí misma la persona que las padece. *Ahora bien lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino que sufrir una perturbación que sea origen de un estado mental propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos: 1) existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico); 2) permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); 3) como consecuencia resulte que el enfermo sea incapaz de proveer sus propios intereses, y que la consecuencia del dicho trastorno le impida de gobernarse (criterio jurídico), si bien tal expresión, en principio desorientadora por su excesiva radicalidad no debe interpretarse en sentido absoluto, pues bastara que la deficiencia o enfermedad que se trate impliquen una restricción sustancial o grave de autogobierno de la persona a que respectivamente afecten, pues como indica la jurisprudencia, no puede exigirse un estado deficitario del afectado mucho más profundo o grave del que resulta de la propia literalidad del precepto mencionado⁴¹.* (Resaltado y cursivas nuestras)

⁴¹ SAP - AP Zamora, Sección 1ª. , 7-3-2005. SepinNet Revista – Persona y Familia – Jurisprudencia al detalle: La incapacidad; causas, extensión y procedimiento. p. 14.

Compartimos las ponderaciones del Tribunal sobre la asociación de los tres criterios de deficiencia basados en los aspectos psicológico, cronológico y jurídico. Fundados en ésta tríada es que va establecer la limitación de la capacidad de obrar, por consiguiente la incapacidad y su grado.

En este mismo contexto, sostiene el Dr. NACIS NADAL: *“Un trastorno físico o mental puede dar lugar a distinta capacidad de autogobierno. Un trastorno mental puede afectar en forma importante el autogobierno de un financiero o de un administrador de una gran empresa. El mismo trastorno mental puede no afectar un obrero o a un labrador. Por tanto, el último factor a tener en cuenta cuando de calibrar la capacidad de autogobierno se trate, será el estudio del medio económico, social y cultural en que desenvuelva su actividad la persona”*⁴².

Entendemos que el posicionamiento del Dr. Nadal, se refiere a la limitación relativa de la capacidad de obrar para ciertos actos de la vida civil a través de la asistencia de la curatela, sin embargo el autor se refiere a una enfermedad que no quite el total discernimiento del enfermo o una incapacidad parcial porque la incapacidad absoluta envuelve el factor de continuidad o persistencia y afecta toda la vida social del incapaz. Porque Según supongamos asimismo, aunque el diagnóstico sea el mismo, la sintomatología puede cambiar de una persona a otra, conforme los efectos de la enfermedad sobre el individuo puedan ser de alto impacto o de pequeñas alteraciones o repercusiones sobre el carácter del sujeto.

Las particularidades de la enfermedad son las que han de determinar cuál es la figura de guarda más apropiada para el caso y su graduación. Debido a estas variables y como una persona es única, muchas veces la misma enfermedad tiene sintomatología distinta, es decir, presenta repercusiones y consecuencias diferentes de acuerdo con las condiciones subjetivas u objetivas de cada persona. De ahí la importancia de la evaluación médica y de las indagaciones interlocutorias entre el enfermo y el Juez. Por lo tanto, como las deficiencias son las que llevan a un mayor grado de incapacidad personal, yo pensamos, que no faltamos a la verdad cuando apuntamos que son las que causan la incapacidad permanente.

⁴² OLLER NADAL, Nacís. (1999): *La incapacidad*, Barcelona, Ed. Bosch, p.43.

A nuestro modesto entender, las consecuencias de las dolencias aún son consideradas como un enigma. Las enfermedades pueden cambiar los síntomas, pueden transformarse con el tiempo y como hemos dicho, con los avances de los fármacos, pueden perfectamente ser controladas mediante un tratamiento adecuado y el enfermo lograr una vida normal. Sin embargo, todo depende del grado de autonomía que tiene el deficiente, de tal manera que la incapacitación de una persona y el régimen de protección es siempre una situación revisable y modificable.

Tal como la Prof. Eva MARTÍNEZ GALLEGO señala respecto de la tutela o la curatela que: *“El establecimiento de uno u otro régimen se hará atendiendo al grado de discernimiento (art. 287), en concordancia con las causas de incapacitación del art. 200 del Código Civil (enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma). Así, debe existir una correlación entre el tipo de incapacitación y el tipo de guarda declarado a la que queda sometido el incapacitado. Si tenemos en cuenta el art. 199 del CC que establece que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley, parece contradictorio el referido art. 200 pues, si bien las causas de incapacitación son exclusivamente aquéllas que establece la ley, no parece que la tipología empleada, enfermedades o deficiencias..., sea la más adecuada a tal formulación, aunque no faltan quienes afirman que la actual fórmula es más correcta que la anterior, precisamente, por su amplitud”*⁴³.

Compartimos el posicionamiento de la Dra. GALLEGO MARTÍNEZ ya que entendemos que es fundamental que la medida de protección sea proporcional a la discapacidad, así el artículo 200 es un tanto impreciso o sea trata de forma muy subjetiva las enfermedades o deficiencias que pueden llevar a la incapacitación, es cierto que el legislador he dado más libertad al juzgador

En este contexto, añade DÍEZ-PICAZO, en sus comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela que: *“...no es que el gobierno de la propia persona no sea posible, sino de que dejada la persona a merced de sus propias fuerzas e impulsos, pueda llevar a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma y por eso el propio autogobierno implica, tanto la adopción*

⁴³ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. (2003): *La Rendición de Cuentas en el Código Civil, con Especial Examen en la Tutela*. op.cit p. 225.

de decisiones, como la realización de actos concernientes tanto a la esfera jurídica, como al plano estricto de la propia personalidad. Las características esenciales que expresa el artículo 200 son de este modo fundamentalmente dos; la persistencia y la falta de autogobierno. Ante todo, el carácter persistente o prolongado del trastorno o de la anomalía, porque una decisión tan grave como la limitación de la capacidad, la creación de un nuevo estatuto de la persona y la erección de una institución de guarda sólo tienen sentido a partir de situaciones de carácter prolongado. Las dificultades de actuación meramente transitoria no corresponden en este capítulo. La segunda nota decisiva es que se trata de situaciones que crean un impedimento para que la persona se gobierne por sí misma. La idea de gobernarse por sí mismo constituye el centro de gravedad de todo el artículo 200. Es una expresión escasamente técnica, pero sumamente expresiva, que procede de la antigua redacción del artículo 199. El artículo 200, en nuestra opinión, permite englobar todos los supuestos aludidos: locura o demencia; subnormalidad o deficiencia mental; trastornos físicos que impiden completamente la comunicación o el desarrollo de la personalidad (prolongado coma profundo, hemiplejía, sordomudez, etc.)”⁴⁴.

Participamos de la opinión del notable profesor, pero enfatizamos que las enfermedades físicas como la sordomudez, o una total parálisis, si el enfermo mantiene las capacidades mentales invictas, intactas, y si la persona puede expresar su voluntad de alguna manera, para nosotros, no conlleva a una incapacitación jurídica plena.

Merece la pena citar una decisión judicial de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28-02-2006 que bien expresa lo que queremos decir. El caso que nos reporta, se refiere al pedido de la incapaz para que la sentencia de primera instancia en que la declaro absolutamente incapaz sea revista y que modifique la incapacidad para parcialmente incapaz y la incapacitación se limite a la fiscalización y asistencia con relación a supervisión del tratamiento médico. Pero el Tribunal mantiene la decisión, teniendo en vista que la apelante no realiza el control médico de su enfermedad, y relata lo que se siguió:

Contra la sentencia que declara la incapacidad de Sara salvo el derecho de sufragio activo, se alza la recurrente solicitando la incapacidad parcial de su representada

⁴⁴ DIEZ PICAZO, Luis y PONCE DE LEON. (1986): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Ed. Tecnos, pp. 178-179.

referida al ámbito de la asistencia sanitaria, entendiendo que es capaz en el ámbito patrimonial y que sólo requiere de un tutor para que supervise el tratamiento médico. En el informe Médico Forense emitido en Mayo de 2004 a instancia del Ministerio Fiscal, se refieren trastornos conductuales, que la limitan para poder gobernarse por sí misma e incluso le impide dicho autogobierno en los períodos de descompensación no precisando en ese momento ingreso en centro hospitalario, aunque no se descarta pueda precisarlo en el futuro, siendo preciso el seguimiento de su enfermedad a nivel ambulatorio en Centro de Salud Mental, control que no realiza. En el informe Médico emitido en el procedimiento de incapacitación se refiere esquizofrenia indiferenciada, en dicho momento tratada, trastorno que se califica de persistente y que determina que mantenga la autonomía personal conservada, con necesidad de supervisión sobre todo en el aspecto de su salud mental con aptitud para realizar compras sencillas pero sin capacidad para la administración económica de cierta complejidad. Se estima, como así lo hizo la Juez a quo, que la incapacitación debe ser total y que dicha persona requiere del nombramiento de un tutor que deber ser una Fundación, debido a que no hay otra persona, dentro del entorno familiar de la incapaz, que pueda asumir dicha responsabilidad, Fundación que deberá ser nombrada en el expediente de jurisdicción voluntaria, tal y como se ha acordado en la sentencia⁴⁵.

Concordamos con la decisión susodicha, si la pretensión es la protección de la incapaz y si la misma no efectúa el tratamiento de forma adecuada lo que la torna más vulnerable, y si la enfermedad le quita el poder de discernimiento es adecuado que la protección se extienda a su vida personal y patrimonial.

Muy ajustado a lo que aquí se propugna respecto de las enfermedades mentales graves como la única causa de la total incapacitación, conviene transcribir la sabia decisión de la Audiencia Provincial de Málaga de 15-09-2005, en la cual se intenta incapacitar un hombre por ser portador de ceguera, cuando mantiene intacta sus facultades mentales, en esta sentencia también se demuestra el poder discrecional del juez que discuerda del laudo del médico forense:

La ceguera o falta de visión por sí mismo no produce la incapacitación, si no se acompaña de la pérdida de las facultades mentales, intelectivas y volitivas: El informe emitido por el médico forense don Domingo sugiere la idea de una incapacidad total,

⁴⁵ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 28-02-2006. SepinNETrevista – persona y familia, octubre 2007, nº 70. pág.28.

pues concluye su informe diciendo literalmente que: “considero que la principal patología que presenta la persona explorada es de carácter permanente y supone la imposibilidad para gobernar su persona y sus bienes”; y esta patología es una pérdida de agudeza visual binocular grave (92%) por retinitis pigmentaria. Sin embargo, la Sala no comparte en modo alguno esta idea, pues se colige, como se dirá más adelante, que la limitación de la capacidad de autogobierno es una realidad mínima. En efecto, el propio médico forense informa que durante la entrevista, el presunto incapaz se muestra colaborador, animado y atento, bien orientado de memoria, afectividad y del curso-contenido del pensamiento, y lo que es más importante, su capacidad de juicio y raciocinio parecen intactas. En los mismos términos se expresa el informe emitido por el Doctor don Gonzalo, médico especialista en Psiquiatría cuyas conclusiones son las siguientes:

1º. - Que Don Gabino no tiene alterada su capacidad intelectual ni tampoco tiene limitaciones en su libertad ni en su determinación volitiva.

2º. - Que conserva las actitudes psíquicas que le confieren la capacidad para gobernar su persona y su patrimonio.

3º. - Que tiene limitadas sus aptitudes físicas, como consecuencia de la pérdida bilateral de la agudeza visual reducida a la percepción lumínica, derivada de la retinosis pigmentaria por lo que necesita el apoyo de los cuidados de tercera persona para el desarrollo de las actividades de la vida diaria.

4º. - Que de sus antecedentes de etilismo crónico, no se aprecian signos ni síntomas que evidencian alguna alteración psicopatológica, manifestado en sus declaraciones que lleva mucho tiempo total y absolutamente apartado del consumo de bebidas alcohólicas.

En conclusión, de las pruebas obrantes en las presentes actuaciones, y del examen del supuesto incapaz efectuado por este Tribunal, se extrae sin ningún género de dudas que el apelante no muestra deficiencia persistente que le impida gobernarse a sí mismo, y que se encuentra en el perfecto uso de sus facultades mentales, intelectivas y volitivas, puesto que al ser preguntado sobre diversas cuestiones, dio adecuadas y coherentes respuestas, mostrándose perfectamente orientado y consciente, no siéndole

advertida interferencia intelectual, por lo que haciendo nuestra la idea por él repetida al especialista en psiquiatría de que “no se puede confundir la vista con la mente”, pues lo contrario implicaría que cualquier minusválido visual tuviera que ser obligatoriamente declarado incapaz, procede la estimación del recurso de apelación⁴⁶.(resaltado nuestro)

Por nuestra parte estamos de acuerdo enteramente con la decisión del Tribunal. La deficiencia física no produce la incapacitación si no viene acompañada de una minusvalía mental y/o de la falta de la facultad de elección. Aunque la patología física sea permanente, en nuestro juicio puede hasta limitar la capacidad de obrar pero no incapacita plenamente.

En la misma orientación cursa el discurso y la argumentación de la Dra. Marta CHIMENO CANO: *“Cuando la enfermedad física no afecta a la normalidad mental y a los procesos psíquicos ordinarios del sujeto y éste conserva correcto el ejercicio de la inteligencia y voluntad, no podrá ser incapacitado civilmente, pese a que precise de la asistencia de un tercero para realizar actividades básicas de la vida”⁴⁷.*

Siguiendo el posicionamiento de la profesora, en consecuencia a la interpretación y el carácter amplio del artículo 200 del Código Civil Español, cualquier enfermedad o deficiencia persistente que impidiera a la persona gobernarse por sí misma, podría conducir a la incapacitación total o parcial. Sin embargo, a nuestro humilde entender, no es así tan sencillo como aparenta. Las enfermedades que remiten a la incapacitación son aquellas que merman la sensatez o el estado emocional, el sentido común y que conllevan a una confusión de la voluntad, por consiguiente, terminan por imposibilitar el poder de decisión. Está comprobado, mediante diversos y fundados instrumentos de medición empírica que las personas que sufren de una enfermedad física pueden ser incapacitadas solamente cuando a esta viene aparejada una incapacidad mental, o esta sobreviene a aquella. Y que la enfermedad conlleve a una falta de autogobierno considerable, grave: aunque una enfermedad psíquica sea crónica o persistente si la

⁴⁶ AP - Málaga, Sección 5ª. , 15-9-2005. SepinNet revista – Persona y Familia – Jurisprudencia al detalle: La incapacitación; causas, extensión y procedimiento. Pág. 18.

⁴⁷ CANO CHIMENO, Marta. *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. Ed. Arazandi, p. 44.

persona puede mantenerse íntegra, serena, mantenerse dentro de una vida normal dentro de sus limitaciones, sin embargo no hay razón para incapacitarla.

Dadas las consideraciones que anteceden a la enfermedad o deficiencia, no interesa tanto en su causa, como por la importancia del efecto que estas producen en la persona. Sólo trasciende y adquiere la cualidad que aquí nos interesa, si las consecuencias son capaces de dar origen a la incapacitación; esto es, si impide a la persona de autogobernarse. Es por esa ineptitud, más que por cualquier otra, por lo que el enfermo va a ser privado de su capacidad y sometido a guarda. Efectivamente, no todas las enfermedades o deficiencia persistentes o duraderas son causas de incapacitación, algunas solamente limitan la capacidad de obrar. Por esto, se admite la graduación de la incapacidad, conforme a los efectos de la enfermedad sobre la personalidad del presunto incapaz y su grado de dependencia en moderada, severa y grave.

Sobre esto resuelve la Audiencia Provincial de Barcelona de 06-07-2006, con relación a un hombre que sufre de un disturbio mental tipo paranoide, aunque portador de tal enfermedad el juzgador entiende que no le afecta el poder de discernimiento, y expone lo siguiente:

La lucidez y coherencia del explorado, si bien que por sus ideas y creencias delirantes vive en su propio mundo, no conlleva que deba incapacitársele.

“De la pericial médica, efectuada por un médico forense especialista en psiquiatría y neurología, quien concluye en su informe, ratificado en el acto de la vista del recurso, refiriéndose al reconocido Joaquín, de 70 años de edad, luego de afirmar que se muestra lúcido y coherente, bien orientado y sin deterioro cognitivo alguno, que se trata de una personalidad de tipo paranoide, que vive en su mundo mágico, pero tiene capacidad de autogobierno, aunque éste se ajuste a sus creencias delirantes, en cuanto a aspectos patrimoniales, parecen limitarse a sus pensiones que administra bien, añadiendo el perito en la vista, a preguntas de la dirección letrada del recurrente, que, si bien presenta un trastorno paranoico muy rico, todavía no tiene deterioro cognitivo.

Por ello, la Sala, al igual que el Ministerio Público, estima que la situación y el estado del demandado no puede incardinarse dentro de la norma prevista en el artículo 200 del Código Civil, pues, aunque sería recomendable que pudiese seguir un tratamiento psiquiátrico de carácter ambulatorio, como indica el propio perito judicial, dado que su paranoia no le afecta a la capacidad de autogobierno de su persona y de sus bienes, es por lo que procede declarar en el momento actual la incapacitación, en grado alguno del Sr. Joaquín; ello, lógicamente, sin perjuicio de las posibles soluciones puntuales, de tipo médico o de tipo social, que puedan adoptarse, para el caso de que devengan o resulten necesarias, y, sin perjuicio, también, de que si variasen las circunstancias ahora tenidas en cuenta o el estado delirante crónico del demandado y aquí apelante sufriera un agravamiento que llegase a impedir que pudiera regir su propia persona, pueda iniciarse un nuevo proceso solicitando otra vez la incapacitación del mismo”⁴⁸.

Esta sentencia comprueba el carácter subjetivo del referido artículo 200 del Código Civil. Compartimos la decisión del Tribunal con relación a la denegación de la incapacitación, aunque esté el presunto incapaz acometido de una grave enfermedad mental y se está enfermedad no lo afecta el poder de discernir, no hay razón de imponer una medida de protección, mismo que la enfermedad sea crónica.

Revisemos ahora como se regulan las circunstancias meritorias de incapacitación en el ordenamiento jurídico brasileño y las implicaciones que conlleva, alineado con lo que aquí nos interesa.

1.2.2. Causas de interdicción en el Derecho brasileño:

Conforme hablamos anteriormente el Código Civil Brasileño, artículo 1º, expresa que toda persona es capaz de derechos y deberes en el orden civil. Los motivos

⁴⁸ Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 18ª, 6-7-2006, SP/SENT/104231. SepinNet revista – Persona y Familia – *Jurisprudencia al detalle: La incapacitación; causas, extensión y procedimiento*, pp. 32-33.

de la interdicción en el derecho brasileño están determinados en el artículo 1.767 del Código Civil y son:

I - Las enfermedades o deficiencia mental, cuando no tuviera el necesario discernimiento para los actos de la vida civil;

II - Causa duradera, cuando el enfermo no pudiere expresar su voluntad;

III - Las deficiencias mentales, los borrachos habituales y los adictos, toxicómanos

IV - Los excepcionales sin completo desenvolvimiento mental;

V - Los pródigos.

La Dra. Maria BERENICE DIAS, cuestiona la utilidad del artículo. Menciona que constatada la incapacidad es de todo dispensable rotular su causa conviniendo el reconocimiento de la deficiencia para el decreto de la interdicción. Menciona aun la autora: aunque el esfuerzo del legislador en catalogar las causas, no hay necesidad de hacer una lista de las razones o de los motivos, conforme el artículo determina, que pueden conllevar a la incapacitación. Para la autora, la pericia médica es que va definir el grado de incapacidad y del comprometimiento de la enfermedad y dar origen al decreto judicial de interdicción. Entiende la autora que el estado de alienación por sí sólo no causa la incapacitación. Para la Profesora lo que efectivamente importa saber es si existe causa incapacitante y en caso positivo en qué grado compromete el ejercicio de los actos de la vida civil, al punto de imposibilitar la administración de los negocios o la gestión de los bienes⁴⁹. (La traducción es nuestra)

En este caso no estamos de acuerdo con lo señalado por la autora. En lo que concierne a nuestro entendimiento, la interdicción como un mecanismo legal de protección, visa resguardar los vulnerables de discernimiento independientemente de sus vínculos económicos o sociales a que pertenezcan. Para la gran mayoría de la jurisprudencia brasileña, conforme a decisiones de los juzgados de Sao Paulo, Rio de

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. (2006): *Manual do Direito de Família*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 120.

Janeiro, Recife, entre otros, se entiende por la ausencia de discernimiento: *la efectiva incapacidad de aquello que ostentan notoria enfermedad psíquica*.

Según se ha visto, en la gran mayoría de los casos de interdicción disciplinados de acuerdo con el ordenamiento jurídico brasileño resultan mayoría aquellos fundados en trastornos que afectan la dimensión psicológica o mental de las personas. Con relación a los borrachos y los adictos, suelen ser considerados como dependientes químicos y necesitan de tratamiento psiquiátrico. En cualquier caso estas dos causas son reconocidas por la Organización Mundial de Salud - OMS - como enfermedades, constituyendo un serio problema de salud pública.

Refiriéndose al dispositivo legal antes mencionado, la profesora brasileña Maria HELENA DINIZ alude que: *“teniendo en vista que el universo patológico abarcado es voluminoso como por ejemplo portadores de enfermedades físico-psíquicas, demencias afásicas, psicastenia, psicosis toxica, psicosis autotóxica, psicosis en general, paranoias, demencias, enfermedades neurológicas. Para mejor dilucidar el diagnóstico y establecer el grado de la incapacitación es imprescindible la opinión del perito, del experto”*⁵⁰.

Sobre la bases de las consideraciones anteriores, respecto del análisis de cada caso en concreto por el órgano juzgador conviene mencionar una sentencia del Tribunal de Sao Paulo de 12-04-2011, cuyo caso es similar en el diagnóstico a uno ocurrido en España, abajo relatado aunque con decisiones diferentes. Al exponerlos tenemos la pretensión de probar cuan subjetivo resulta el proceso de incapacitación.

El referido recurso fue interpuesto por la madre del presunto incapaz contra la decisión de primera instancia que denegó el pedido de interdicción por las razones que seguidamente se exponen. El apelado es portador de trastorno afectivo bipolar, pero la enfermedad no le impide tener una vida normal, tiene una profesión es motorista de taxi, es casado. Además, el médico perito en el laudo psiquiátrico es conclusivo en el sentido de que el apelado no sufre perjuicio en la capacidad de entendimiento, o sea tiene discernimiento y es capaz de administrar su vida. Por lo tanto para el juzgador, no es el paciente portador de enfermedad que cause deficiencia mental, puede perfectamente

⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 493.

expresarse, tiene el necesario discernimiento para ejercer los actos de la vida civil. Obsérvese que no es igual el caso de interdicción mismo que parcial. Advierte el Tribunal que en efecto, la interdicción es una medida de excepción que afecta sustancialmente la vida del incapaz, por lo tanto solamente deben ser suministrados aquellos que por una enfermedad o deficiencia mental grave no tuvieren el necesario discernimiento de sus actos y no puedan expresarse. Finalmente el Tribunal de Sao Paulo mantuvo la decisión de primer grado y denegó la interdicción, con base en el parecer del perito psiquiatra⁵¹.

Compartimos el posicionamiento del Tribunal, la interdicción es una medida que debe ser adoptada con toda cautela y precaución especialmente en relación a la realidad social y de la gran demanda de los juzgados de Brasil en que por el exceso de trabajo falla una efectiva fiscalización de los organismos institucionales. Además a nuestro entender aunque el ordenamiento jurídico establezca que puede haber interdicción por causa transitorias, abogamos que solamente las enfermedades duraderas o permanentes pueden conllevar a la interdicción.

Sobre esto Caio Mario da SILVA PEREIRA⁵² discurre que en el artículo 1.767 - II en legislador adoptó lo que la doctrina y jurisprudencia aceptaban es decir la incapacitación por alienación mental es resultante de una situación duradera. Los casos transitorios no privan la persona de capacidad, por esta razón podrá ser atacado los actos practicados en estas situaciones, una vez que no se puede admitir como libertad de voluntad los actos practicados en estos momentos. Para el autor, se trata de una hipótesis nueva de la legislación, por lo tanto nulos serán los actos practicados por los temporariamente incapaces conforme el inciso III del referido dispositivo legal.

Debido a ésto, en lo que alude al estado civil de incapacitación, debe estar ineludiblemente precedido por un diagnóstico de evaluación médica en que el enfermo es sometido a exámenes minuciosos. Ésta es una tarea muy difícil para evaluar, principalmente porque tratándose de trastornos mentales este status de incapacidad puede en algunos casos ser pasajero y debe siempre ser jurídicamente adoptado con toda

⁵¹ Tribunal de Justicia de Sao Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Recurso de apelação cível nº 990.10.128662-9, 12-04-2011. Ver <https://esaj.tjsp.jus.br>

⁵² DA SILVA PEREIRA, Caio Mário, op. cit., p.281.

la prudencia. Para ilustrar la importancia del examen del médico perito, conviene citar una antigua, pero extraordinaria sentencia de primera instancia proferida en el Estado de Ceará, Fortaleza, al nordeste de Brasil. Valga la observación que, especialmente en la realidad de las comarcas más lejanas en Brasil, aún se suceden situaciones análogas. El caso que nos ocupa se refiere a una declaración de incapacitación absoluta por enfermedad mental. El referido recurso fuera interpuesto por el hermano de la presunta incapaz contra la decisión de primera instancia que había resuelto presentaba la presunta incapaz un retraso intelectual diagnosticado de “oligofrenia moderada”, enfermedad que la imposibilitaba a expresarse y externar su voluntad y la mermaba su discernimiento⁵³.

El Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, en el proceso de apelación núm. 99.01367-0, 24-03-2001, rechazó la petición de interdicción deferido en la primera instancia con base en la aplicación indebida de los dispositivos legales, más específicamente el artículo 1.183 del Código de Proceso Civil Brasileño⁵⁴, el cual exige el nombramiento por el juez de un experto perito para hacer el examen personal del presunto incapaz. En la sentencia el juzgado de primera instancia difiere la curatela con base en un informe médico de un facultativo oftalmológico, puesto que lógicamente no fuera hecho el examen personal de la presunta incapaz por un perito médico especialista en psiquiatría, en efecto, no fue siquiera examinada. El documento comprobatorio sobre el que se fundaba la incapacidad había sido instruido por un lego en la materia. El Tribunal conoce el recurso de apelación y anula la sentencia basado en la falta de previsión legal del artículo 1.183 del Código de Proceso Civil brasileño.

La decisión del Tribunal no podría ser otra, la interdicción tiene una causa que en este caso era una enfermedad mental donde se deduce que la valuación sobre la enfermedad será hecha en relación a esta específica causa y por un experto en tal enfermedad.

Pero sigamos revisando la legislación y jurisprudencia para la sociedad brasileña. Si se trata la incapacitación por caso de enfermedades conviene citar una interesante

⁵³ Revista Jurídica do Tribunal do Ceará, Fortaleza, Vol. 14, pág. 11-24. Tribunal de Justicia del Ceará, Recurso de apelación núm. 99.01367-0 en 24-03-2001.

⁵⁴ Código de Processo Civil Brasileiro - Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Art. 1.183 - Decorrido o prazo a que se refere o artigo antecedente, o juiz nomeará perito para proceder ao exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único - Decretando a interdição, o juiz nomeará curador ao interdito. (La traducción es nuestra).

sentencia del tribunal de Rio Grande do Sul, apelación civil núm. AC 70041255126 de 12-05-2011⁵⁵. El hecho se refiere a la petición de interdicción por prodigalidad. El Tribunal decidió que la prueba era insuficiente de incapacitación y la sentencia fuera reformulada. Vamos explicar el caso de la siguiente forma: se trata de una apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la decisión de primera instancia con relación a un pedido de interdicción por prodigalidad ajuiciado por Carolina S. F. en que solicitaba la interdicción de Rosimeri S.F por prodigalidad. La sentencia de primera instancia decreta Rosimeri S.F relativamente incapaz en relación de su patrimonio y persona, basada en el art.4º inciso II y IV del código civil brasileño⁵⁶. Pero el Ministerio Fiscal sostiene que la apelante no es prodiga, todo al contrario, disfruta muy bien del pleno gozo de sus facultades mentales, además puede tener un trastorno psicológico bipolar que no interfiere en su capacidad de entender, de comprender sus actos, efectivamente no se encuadra en el concepto de prodiga, el Ministerio Fiscal pidió el proveimiento del recurso y la reformulación de la sentencia.

El Tribunal entendió como falta de legalidad que la demanda de interdicción fuera propuesta tan pronto como que fueran descubiertos los delitos practicados por la supuesta incapaz contra la institución financiera en la que trabajaba del banco do Brasil, ya que antes Rosemari ejercía el cargo de jefe y tenía muchas responsabilidades como gerente de esta renombrada institución financiera, realizaba tareas de amplia especialidad y complejidad y nunca manifestó indicios de enfermedad mental. Según consta en el proceso penal la apelada tenía practicado crímenes contra el sistema financiero nacional, por lo tanto está encuadrada en la ley 7.492/86, artículos 6º, 9º 19º y art. 312 del Código Penal Brasileño. Más específicamente, practicó los crímenes de uso fraudulento de dinero, ocultación y falsificación de documentos, desvió de dinero, apropiación de dinero de los clientes del banco, en fin hizo una serie de acciones incompatible con el cargo, como resultado ha generado una situación en perjuicio del banco que asciende a más de dos millones de reales.

⁵⁵ Tribunal de Justicia del Rio Grande del Sul. Apelación núm. AC. 70041255126 en fecha de 12-05-2011. Consulta hecha en el site www.jusbrasil.com.br.

⁵⁶ Art. 4º São incapazes, relativamente a ciertos actos, o a la manera de los ejercer:

I - Los mayores de deaseais e menores de dieciocho años; II - Los ebrios habituales, los viciados en tóxicos, e os que, por deficiencia mental, tengan el discernimiento reducido; III - os excepcionales, sin desenvolvimiento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. La capacidad dos indios será regulada por legislación especial. (La traducción es nuestra)

El Tribunal acató el posicionamiento del Ministerio Fiscal, con base en las razones que se siguen:

“Con efecto las peculiaridades del caso, especialmente destacando el hecho de que la demanda originaria fuera enjuiciada en el período próximo al descubrimiento de la serie de delitos penales practicados por la supuesta incapaz, incluso la interditanda estaba siendo procesada en el Tribunal Penal debido a crímenes de corrupción pasiva y prevaricación.

Ahora bien, conforme consta de los hechos laudos periciales que demuestran el padecimiento de cuadro depresivo compatible con el diagnostico clasificado como trastorno de humor bipolar; pero este padecimiento, a todas luces provisional, por sí sólo no tiene el mérito de respaldar la incapacidad mismo que parcial”.

El tribunal, en efecto, corrobora la fundamentación del fiscal Dr. Claudio da Silva Leiria que con aplomado criterio se manifestó de la siguiente manera: *“...por todo cuanto se ha sucedido en los autos del proceso, veo que el problema principal dice respecto al dinero, propiedades, negocios, gastos y administración de su patrimonio y renta. La sentencia ha de ser reformada pues la apelada se encuentra en pleno gozo de sus facultades mentales, siendo portadora de trastorno psicológico que no interfiere en su capacidad de entender y de querer. La apelada no se encuadra en el concepto de prodigo porque conserva pleno dominio de su voluntad. El médico perito en su examen dice que actualmente la apelada presenta un cuadro moderadamente depresivo, los síntomas son compatibles con el trastorno de humor bipolar”.*

En conclusión, resolvió el Tribunal que encontraba evidencias contundentes de que la acción de incapacitación representaba una manera de la apelada para atenuar la eventual responsabilidad en la esfera penal y que, *“no hay como entender que la interditanda tenga ejercido por tanto tiempo una función de jefe de tanta relevancia sin estar en pleno gozo de sus facultades mentales y durante todo el período que desarrolló la sucesión de hechos apuntados, causando a la institución financiera un enorme daño, ella y sus familiares convivieran y disfrutaran de los provechos resultante del mismo y después que se descubrieran pasaran a sustentar la incapacitación civil de la apelada. Delante de tales hechos es forzoso reconocer que la interditanda simula una molestia mental a fin de eludir eventual responsabilidad (...) y menciona que durante el*

interrogatorio con el juez la apelada no presentó ningún síntoma de enfermedad. Por fin concluye por la procedencia del recurso de apelación”.

Compartimos los criterios de la decisión del Tribunal, aunque el médico forense tenga aseverado el padecimiento de disturbo bipolar u otra enfermedad incapacitante, no la excluye de la responsabilidad penal por cometimiento de crímenes.

Estos casos de jurisprudencia como los que hemos visto correspondientes a Brasil y España, nos permiten apreciar que en ambos países se conviene en que quedará a criterio del juez la formación del juicio sobre la valoración o la producción de pruebas que estime necesarias. Inexorablemente, el examen personal del presunto incapaz y la opinión del médico forense, como también escuchar a las personas que convivan con el enfermo, son prácticas imprescindibles. Es criterio de quien realiza este trabajo que no se trata simplemente de oír a los legitimados activos; adicionalmente ha de extenderse el radio de personas a escuchar hacia aquellas que vivan cerca del enfermo, personas que los cuidan, entre otros que guardan una relación de cercanía o afecto.

Queda claro también que un importante instrumento formador de opinión que auxilie la decisión judicial es el dictamen del facultativo, porque es a través del laudo pericial que el juez forma su opinión; aunque en el derecho español no esté el juez obligado a sujetarse al dictamen de los peritos de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuestión que abordaremos posteriormente y de forma detallada en el procedimiento de incapacitación, a considerarse en un capítulo posterior.

En relación con la valoración de la prueba pericial, también en el marco de la legislación brasileña, merece la pena citarse la decisión sobre un recurso de apelación en el estado del Rio Grande do Sul/Brasil, comarca de Gravataí, el 08-06-2011, 7ª Cámara Civil, apelación civil núm. 70039587910⁵⁷. Se trata de la interposición de un recurso de apelación en primera instancia, en un proceso de interdicción para la incapacitación por enfermedad mental. La presunta incapaz no se ha sometido a pericia por un médico especialista en psiquiatría, solamente se habían sumado al expediente dos informes médicos. Durante el proceso de audiencia, durante el interrogatorio, fue claramente constatada por la magistrada la evidente e incontestable deficiencia mental de la supuesta incapaz. Con todo, decide el Tribunal que es absolutamente necesario el

⁵⁷ Apelación Civil, 7ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul. Recurso de apelación núm. 70039587910, 08 – 06 -2011. Ver, www.jusbrasil.com.br.

examen o la pericia medica por un facultativo experto en psiquiatría, para que sea evaluado el grado de la enfermedad y para que el juicio tenga seguridad de procedencia de la demanda.

Ante la situación planteada el tribunal correctamente menciona que: “...la interdicción por ser una medida tan drástica, y por lo tanto solamente debe ser admitida cuando es comprobada inequívocamente la enfermedad, por esta razón la pericia no puede ser sustituida por el formal informe médico, o sea una prueba documental. El examen personal del supuesto interdictado está previsto en la ley, en los artículos 1.183 del Código de Proceso Civil y 1.771 del Código Civil, motivo por el cual no se lo puede dispensar, bajo la penalidad de anulabilidad de todo el procedimiento judicial”. Para concluir, decide el Tribunal desestimar la declaración de incapacidad y decidir por el nombramiento de un perito psiquiatra para efectuar el examen físico-psíquico de la supuesta incapaz”.

En el derecho brasileño, el art. 1.183 del Código de Proceso Civil obliga al juez al nombramiento de un perito y vincula la decisión judicial al resultado del examen. Por lo tanto, con relación a la investigación de las causas que conllevan a la incapacitación, la jurisprudencia brasileña es unánime en la indispensable prueba pericial con el examen personal del presunto incapaz por el perito. Para enfatizar el posicionamiento del ordenamiento jurídico transcribimos en pocas palabras una decisión proferida por el Tribunal del Rio Grande del Sul, proceso nº 70043297464, séptima cámara civil - comarca de Nova Hamburgo en 14/06/2011. En un caso de solicitud de incapacitación por dependencia alcohólica y adicción en drogas. Menciona la decisión que no es posible decidir una cosa tan grave sin que antes sea oído el dictamen del facultativo y determina expresamente “...no habiendo prueba segura de la incapacidad es recomendable la pericia medica el cual se constituye indispensable en la medida que la interdicción retira del presunto incapaz la capacidad de administrar sus bienes y su propia vida⁵⁸”.

A lo largo de los planteamientos hechos, las causas de incapacitación y sus consecuencias conforman el núcleo de razones que determinan que sea la persona encuadrada en situación de incapacidad absoluta o relativa. La incapacidad absoluta

⁵⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 14/06/2011, apelación civil núm. 700 432 944 64. Comarca de Nova Hamburgo. Consulta hecha en la dirección www1.tjrs.jus.br

presupone que la persona no puede realizar ningún acto civil sin la presencia del representante legal, bajo pena de que éste sea considerado nulo; la incapacidad relativa presupone una situación transitoria, temporal o un período de tiempo sujeto a cambios, razón por la cual para la validez de los actos jurídicos hay que tener la asistencia del representante. Los poderes de la representación están conferidos por ley civil⁵⁹.

La legislación civil brasileña enumera cuales son las causas que llevan a incapacidad absoluta y aquéllas que están bajo la incapacidad relativa, conforme ya hemos mencionado en apartado anterior. En los casos no estipulados en la legislación, se realiza con sujeción al criterio de la autoridad judicial el momento (cuándo) y las condiciones (cómo) en las que deberá ser asistido o representado, así como el alcance del estado de incapacidad absoluta o relativa.

Así pues, de acuerdo con que hemos mencionado en líneas arriba el art. 3º determina que son absolutamente incapaces de ejercer los actos de la vida civil⁶⁰:

- I- Los menores de 16 años;
- II- Aquéllos que, por enfermedad o deficiencia mental, no tengan el necesario discernimiento para la realización de ciertos actos;
- III- Los que, incluso por causas transitorias, no pueden expresar su voluntad.

En este dispositivo legal privan de eficacia a los actos practicados por los absolutamente incapaces en el tráfico jurídico patrimonial. Esto solamente puede solventarse mediante el auxilio de su representante legal.

Con relación al primero apartado del artículo se señalan a los menores de 16 años. Estos serán representados por sus padres o tutores y después de esta edad serán asistidos por los mismos hasta completar los 18 años. Para el jurista brasileño Caio Mario da SILVA PEREIRA *“El criterio para la fijación del límite de la incapacitación absoluta en razón de la edad es evidentemente arbitrario. El legislador podría escoger los 16 años como ocurre en el Código Civil u otro límite cualquiera, más o menos avanzado, en verdad la diversidad de la legislación es patente y muestra como el arbitrio legislativo se hace sentir de forma variada. Sin duda, por otro lado, varía de*

⁵⁹ Código Civil Brasileño. Artículo 3º y 4º, op. cit., p.93.

⁶⁰ *Idem*.

persona a persona el momento en el que surgen los predicativos de la capacidad influenciados por condiciones del medio en que vive, la educación, el clima, la salud (...) las condiciones psíquicas porque en unos la madurez ocurre más temprano que en otros. Pero no es posible dejar al arbitrio de las influencias individuales la cesación de la incapacidad absoluta. El derecho procura la protección de los menores, pero quiere también la estabilidad de las relaciones sociales”⁶¹.

Vamos a referirnos brevemente a la limitación de la capacidad de los menores de edad, aunque advirtamos que la incapacitación natural no es tema de nuestro trabajo.

De igual manera señala el sobredicho profesor brasileño sobre el segundo numeral de incapacitación. *“Las enfermedades y deficiencias mentales determinan e implican declaración de incapacitación absoluta, genéricamente considerando cualquier estado de insania. La cuestión de la fijación del alcance de la alienación mental cuanto a la incapacitación del paciente es ardua, tanto en la ciencia jurídica cuanto en la ciencia médica, en razón de la inmensa diversidad que pueden asumir los estados patológicos y la gradación variadísima de su extensión en las cualidades psíquicas del enfermo, desde la esquizofrenia declarada y fácilmente perceptible por el aspecto de su portador hasta los disturbios menos pronunciados que solamente la experiencia del especialista consiguen diagnosticar”⁶².*

Comulgamos con el posicionamiento del Dr. SILVA PEREIRA. La ciencia médica cataloga una infinidad de enfermedades mentales que pueden o no conllevar a la falta de discernimiento y la tarea de graduar y encuadrar una interdicción a una enfermedad sujeta a cambios es una ardua tarea.

Con relación al II ítem del sobredicho artículo, el antiguo Código Civil Brasileño de 1916 utilizaba para definir la causa de incapacitación por enfermedad mental la terminología *“locos de toda clase”*. Nosotros entendemos que esta expresión remitía a un prejuicio cultural y de sentido común, que era mal empleado. En consecuencia, consideramos este término como discriminatorio y peyorativo. Hoy en

⁶¹ DA SILVA PEREIRA, Caio Mario, op. cit., pág. 274.

⁶² Ibid, p.276

día, la moderna psiquiatría busca abolir la palabra “loco” y referirse a las enfermedades mentales por la terminología “sufrimiento psiquiátrico”.

En este mismo sentido, nos encontramos con enfermedades mentales cíclicas en las que hay momentos en que el enfermo se comporta conforme a todos los patrones de la normalidad. A esto se le suma el hecho de que con el gran avance de los fármacos en el área psíquica, muchas enfermedades mentales están totalmente controladas y las personas que las padecen pueden tener una vida relativamente normal, sin necesidad de verse sometidos a un procedimiento de incapacitación o interdicción.

Resulta oportuno citar aquí al brasileño Dr. Silvio VENOSA: *“el estado curatelar puede ser permanente o temporal y así también puede ocurrir con la incapacidad. Cesada la deficiencia mental por la cura, levántase la interdição y lo curatelado adquiere o readquiere la plena capacidad de obrar. La enfermedad por lo tanto debe presentar un estado duradero que justifique la interdição, no siendo suficiente un estado fugaz e pasajero de falta de percepción. No hay necesidad, también, de que el estado de deficiencia mental sea continuo, pues los llamados lúcidos intervalos no obstan a la interdicción”*⁶³.

Conforme la definición del sobredicho autor nos vemos delante del carácter subjetivo de la norma lo que hace imprescindible el parecer de un experto en la enfermedad que causa la incapacitación, para definir acertadamente la medida de protección y su graduación.

Supuesto que recoge el artículo 4º cuando considera relativamente incapaces a los siguientes individuos⁶⁴:

I- Mayores de 16 años;

II- Menores de 18 años;

III- Los borrachos o beodos habituales; los adictos a tóxicos; los que, por deficiencia mental tengan discernimiento reducido;

IV- Los excepcionales sin desarrollo mental completo.

⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo. op.cit., pág. 448.

⁶⁴ Idem, art.4º, pág.94.

V- Los Pródigos.

Los primeros dos casos son las personas sometidas a la representación y asistencia, respectivamente, menores impúberes y púberes, debido a la incapacitación natural. Del mismo modo, estarán bajo la protección de la tutela los menores de 18 años, cuyos padres hayan fallecido o estén ausentes o aquéllos que no están en el ejercicio de la patria potestad⁶⁵.

Sobre este tema, ya que ambas legislaciones tratan el asunto de manera muy semejante, conviene citar el Prof. DIEZ PICAZO. Aunque con referencia a la incapacidad natural en España, sabiamente menciona una definición que sirve tanto para Brasil cuanto para España cuando se refiere a la incapacidad debido a la minoridad opina que: *“La edad es tenida en el ordenamiento jurídico en tanto que la evolución de la vida humana, entraña la aparición de cambios importantes en la persona que repercuten en su capacidad de obrar. La capacidad de entender y, por lo tanto, de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma, evidentemente, en la infancia que en la juventud o madurez”*⁶⁶.

Lo cierto es que los menores relativamente incapaces en Brasil podrán efectuar ciertos actos sin la autorización del tutor como, por ejemplo: ejercer empleos públicos, aceptar mandatos, hacer testamento, ser testigos en actos jurídicos, casarse desde que tengan autorización de los padres; como se observa, no son privados de injerencias o participación en la vida jurídica. Antes bien, el ejercicio de sus derechos ocurre en su presencia. En cuanto a los demás sujetos a la interdicción, lo cierto es que el curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz, conforme la sentencia de interdicción.

Por su parte, con relación al pródigo, a diferencia de España en Brasil se le considera interdicto y están suministrados a la figura de la curatela, por ser persona de mayor edad, pero es incapaz solamente para aquellos actos estipulados en la

⁶⁵ Código Civil Brasileño. op. cit., art. 1.728, p. 48.

⁶⁶ DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. (1998): *Sistema de Derecho Civil, volumen I – Derecho de la persona autonomía privada – persona jurídica*. Ed. Tecnos, p.252.

legislación⁶⁷. La interdicción por prodigalidad puede ser instada incluso por quien no perciba alimentos del prodigo o sea por personas que no tengan vínculo económico con el presunto pródigo, en la legislación brasileña no hay esta condición de dependencia de alimentos. De esta manera, la prodigalidad puede ser requerida por cualquier pariente y en la falta de estos por el Ministerio Fiscal. En el ordenamiento jurídico brasileño se optó por preservar los bienes pertenecientes a la persona del prodigo independientemente se tiene o no personas que dependan económicamente de él.

Para El Dr. Silvio Venosa, pródigo significa: *“El individuo que gasta desmedidamente, disipando sus bienes, su fortuna. La prodigalidad no deja de ser una enfermedad mental, que puede ser usualmente ligada a los juegos y otros vicios. La prodigalidad es al mismo tiempo una problemática social, jurídica y psiquiátrica”*⁶⁸.

Estamos de acuerdo con la definición del citado profesor. La problemática que lleva a la dilapidación del patrimonio puede ser considerada una deficiencia mental sujeta a la interdicción por falta de discernimiento y que ocasiona la falta de auto-control. Actualmente la medicina ha comprobado que hay inúmeras enfermedades mentales que pueden conllevar a un desequilibrio compulsivo en las cuestiones financieras, la medicina ha diagnosticado como patología el comportamiento de personas que no se enteran de sus gastos o no tienen idea de lo que significa el valor de un bien, dentro de estos existen los trastornos obsesivos compulsivos, las conductas bipolares, entre otros.

Con respecto al concepto de prodigalidad, PONTES DE MIRANDA considera el comportamiento del prodigo en los siguientes términos: La prodigalidad es reconocida por la psiquiatría como un síndrome degenerativo y muchas veces como la manifestación inicial de la locura, de esta forma pensaba los “reinícolas”⁶⁹, más adelantados en estos como en otros puntos de lo que muchos tratadistas recientes. Para ellos la prodigalidad era una especie de demencia o desaprobación mental⁷⁰.

⁶⁷ Artículo 1.782 del Código Civil Brasileño: No pueden el prodigo sin curador: emprestar, transigir, dar recibo, alienar, hipotecar, demandar o ser demandado. op. cit. p.493.

⁶⁸ VENOSA, Silvio. op. cit., p. 450.

⁶⁹ Este Autor explica lo que es la palabra “reinícolas” como: “Jurisconsulto que se ocupa sobre todo de la jurisprudencia reinol.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco. (1955): Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, pp. 328-329.

No solamente con relación a los pródigos, no obstante, la cruda realidad de las interdicciones en Brasil nos demuestra que los procedimientos de curatela se emprenden para regularizar alguna situación patrimonial en la que el enfermo se encuentre, o para representarle en alguna actuación jurídica que afecte a los intereses familiares. Mientras estas circunstancias no se produzcan, las personas enfermas continúan ejerciendo una capacidad jurídica ficticia y practicando actos bajo la influencia de otras personas, sin la debida protección estatal.

De acuerdo con nuestro punto de vista, conforme señalamos anteriormente, en ocasiones las familias solamente buscan el poder judicial e instan la interdicción cuando necesitan reglamentar alguna querella en cuanto a los bienes o cuando vislumbran alguna ventaja o provecho financiero.

Para Washington de BARROS MONTEIRO el prodigo es aquel que de forma desordenada disipa su patrimonio reduciéndola así a la miseria. La prodigalidad es una institución bastante discutida, sea en el derecho, sea en la economía, sea en la psiquiatría⁷¹.

En esto contexto, se hace denuncia⁷² sobre el elevado número de brasileños que están siendo interdictados judicialmente, cuyo objetivo es conseguir el pago del auxilio-enfermedad que es una prestación social continua no contributiva, destinada a personas que poseen trastornos mentales y que sean pobres en la forma de la ley, es decir, que vivan con cerca de 40% del sueldo mínimo brasileño, establecida en la ley 12.435 de 06 de Julio de 2011 que dispone sobre la organización de la asistencia social⁷³. En este apartado se denuncia la conexión entre la interdicción y la concesión de tal beneficio por la seguridad social; ocasionando que un acto tan importante como lo es la interdicción sea susceptible de alcanzar a un gran número de personas, en su mayoría pobres portadoras de retardo mental, desnaturalizando la institución.

⁷¹ BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil – Direito de familia, p. 63

⁷² *Banalização dos atos de interdição no Brasil – Usos e Abusos da psiquiatria, uma violência contra a democracia e os direitos humanos*. Artículo publicado en internet en esta dirección: www.crptj.org.br. Los datos que acompañan el documento se refieren al año 2004. FIGUEIRAS, Emilio: *Personas con Deficiencia y su Realidad en las Estadísticas Brasileñas. Psicología y deficiencia*. Artículo publicado en Internet www.planetaeducacao.br

⁷³ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Debido a esta imposición por la previsión social, se encuentran los juzgados de primera instancia colapsados por las peticiones de incapacidad que pretenden tan sólo su reconocimiento para el derecho a los efectos de recibir el subsidio u ayuda del Estado por enfermedad, y no con la finalidad de proteger a la persona y/o bienes del incapacitado. Los sujetos que recurren a este mecanismo pertenecen, generalmente, a clases sociales de nivel socio-económico bajo. Tal beneficio, muchas veces, es una fuente de renta para sustento de toda una familia. La ley 8.213 de 24 de Julio de 1991 determina en el artículo 110 que tal beneficio debido al asegurado o dependiente, civilmente incapaz, será hecho al cónyuge, padre, madre, tutor o curador; esto es, a sus representantes legales, de lo que se presume que muchas veces no llegan suplir las carencias financieras de los minusválidos, pero sirve para suplir las necesidades financieras de toda la familia⁷⁴.

Aunque salga del contexto, pero con la intención de exponer la problemática social de Brasil, conviene mencionar, un factor importante, determinante y unánime en casi todas las encuestas sobre la incapacitación en la realidad social brasileña, es el efecto de la pobreza sobre las interdicciones⁷⁵. Ésta es un importante motivo que conlleva a la solicitud de la interdicción, puesto que cerca del 80% de las personas interdictadas carecen de recursos financieros, para mantenerse. En la mayoría de los casos, lo anterior también afecta a los miembros de la familia, en un verdadero círculo vicioso en el cual la deficiencia provoca pobreza y la pobreza provoca la necesidad de una interdicción judicial en fraude, pues el objetivo real es obtener el informe de discapacidad que permita adquirir algún ingreso mediante la previdencia social. A nuestro juicio, para el caso brasileño, los procedimientos de interdicción y las instituciones de protección están lejos de los objetivos para los cuales se destinan. A

⁷⁴ Ley de Seguridad Social Brasileña. Ley núm. 8.213 de 24 de Julio de 1991. Artículo 110: El beneficio debido al asegurado o su dependiente civilmente incapaz será hecho al cónyuge, padre, madre, tutor o curador, admitiendo en su falta y por período no superior a 6 (seis) meses, el pago a heredero necesario, mediante termo de compromiso firmado no ato do recebimento. Parágrafo único. Para hecho de la curatela, no caso de interdicción del beneficiario, la autoridad judiciaria pode usar el laudo médico-pericial de la Previdencia Social.

Parágrafo único. Para hecho de la curatela, no caso de interdicción del beneficiario, la autoridad judiciaria pode usar el laudo médico-pericial de la Previdencia Social.

⁷⁵ Texto del Decreto Federal brasileño núm. 6.949 el 25 de Agosto de 2009 que promulga la Convención sobre los Derechos de las Personas con Deficiencia el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York en su alinea "f" del preámbulo determina como factor social, la conexión entre deficiencia y pobreza en Brasil: Resaltando el hecho de que la mayoría de las personas con deficiencia vive en condiciones de pobreza y, en este sentido, reconociendo la necesidad crítica de lidiar con el impacto negativo de la pobreza bajo las personas con deficiencia.

ello se suma el hecho de que en el entramado del concepto “incapacidad”, “enfermedad”, en los diferentes ámbitos, en Brasil la concesión de este pago de auxilio-enfermedad por la seguridad social está condicionada a la declaración de incapacidad jurídica lo que hace más confusa la cuestión.

Finalmente, de todo lo anterior se desprende que tanto el proceso de interdicción están interconectados a tres causas determinantes que vienen a continuación: la falta de discernimiento, las enfermedades mentales y la falta de autogobierno. Pero en Brasil la pobreza también conlleva a la interdicción, en el sentido señalado, una vez que este instituto allí se encuentra disimulado de su real finalidad.

1.3. La incapacitación como criterio determinante de la protección. Principio del mejor interés del incapaz:

La Constitución Española en el artículo 10 proclama: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. En consonancia con el art. 49 dispone: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestará la atención especializada que requieran y los amparará especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.

Por su parte, la Constitución Brasileña determina en el artículo 3º: “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil: I - construir una sociedad libre, justa y solidaria; II – garantizar el desarrollo nacional; III - erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales e regionales; IV - promover el bien de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad o cualquier otra forma de discriminación”.

En esto mismo dispositivo legal establece los derechos y garantías de los deficientes en el artículo 203 - IV, *“la rehabilitación de los portadores de deficiencia y su reintegración en la comunidad es responsabilidad del Estado”*.

El autor brasileño Caio Mario da SILVA PEREIRA define: *“La institución de las incapacidades fue imaginada y construida sobre una razón moralmente elevada, como lo es la protección de aquellos que son portadores de una deficiencia jurídicamente apreciable. Esta es la idea fundamental que lo inspira y acentúa, es de suma importancia para su proyección en la vida civil, sea en lo que se refiere a los principios legales definidores, sea en la apreciación de los efectos respectivos o en el aprovechamiento y en la no eficacia de los actos jurídicos practicados por los incapaces. La ley no instituye el régimen de la incapacidad con el propósito de perjudicar a las personas que padecen de enfermedades, mas, todo al contrario, el objetivo es ofrecerles protección, atendiendo a que la falta de discernimiento que sufren aconseja al tratamiento especial, por lo que cuyo intermedio u ordenamiento jurídico procura restablecer un equilibrio psíquico, roto en consecuencia de las condiciones peculiares de los mentalmente deficientes”*⁷⁶.

El ordenamiento jurídico brasileño enaltece el principio constitucional de la dignidad humana en el artículo primero de la Constitución y hace valer en sus decisiones judiciales el mejor interés del incapaz, especialmente con relación a la celeridad del trámite procesal, que el foro privilegiado sea a del domicilio del presunto incapaz y siempre que posible oír y respetar la opinión del presunto incapaz, bien como nombrar como curador la persona más apta a bien desempeñar la interdicción. Sobre esto merece la pena citar una decisión del Tribunal de Justicia de Minas Gerais el 08.03.2001, con referencia al nombramiento de la curadora en la persona de la sobrina de la presunta incapaz y de esta manera prescindiendo de las personas determinadas por la ley, el juez nombra la sobrina porque entiende que es la persona más apta a mejor podrá desempeñar el cargo, la sentencia expone que:

*La condición de sobrina de la interdictada dar origen que pueda ser nombrada curadora debido al vínculo afectivo que tiene y dedicación con la enferma, por esto facultado estará el Magistrado para designar a quien considera más adecuado para designar el cargo de curador visando el mejor interés del incapaz*⁷⁷.

Por otra parte, merece la pena citar también el caso de un pedido de remoción de curador instado en el foro de Brasilia, decidido a través del recurso de apelación por el

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Introdução ao Direito Civil - Teoria geral do direito civil*, actualizado por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pág. 272.

⁷⁷ Tribunal de Justicia de Minas Gerais – apelación núm. 198.555-5/00 el 08-03-2001.

Superior Tribunal de Justicia el 10/11/2010, en el que se suscita un conflicto de competencia entre los foro del Estado de Brasilia y del Estado de Sao Paulo. Se trata de una curatela de una enferma en la que la madre tiene la guarda de la interdictada y el padre es el curador. Ocurre que la interdictada reside en Brasilia con su madre y el curador en Sao Paulo. Por esta razón la madre solicita remoción de la curatela y que tal procedimiento judicial ocurra en la comarca donde reside, esto es en Brasilia.

El Tribunal expone que: se trata de un conflicto positivo de competencia entre las comarcas de Brasilia y de Sao Paulo la madre solicita la remoción del padre porque la incapaz vive con ella en Brasilia. La sentencia que decretó la interdicción autorizó que la genitora podría fijar residencia donde deseara, lo que no configura óbice judicial tan poco legal residir madre y interdictada en la ciudad de Brasilia, lo que sería una incoherencia que madre e hija fuesen compelidas a vivir en Sao Paulo porque el curador allí reside. Lo que se busca en esto proceso es el mejor interés de la interdictada tanto en lo proceso de interdicción cuanto en el proceso de remoción de curador, y en este sentido el tribunal entiende los procesos en que figuran personas interdictadas tiene finalidad eminentemente protectora para la persona de la incapaz y mirando solamente los intereses de esta es que deben ser decididas las cuestiones que se colocan en cuanto durar la interdicción⁷⁸.

Compartimos enteramente de la decisión del Tribunal porque la supremacía del principio del mejor interés sobre cualquier otro, tiene por objeto igualar las diferencias en el tráfico jurídico, de forma que la norma que beneficia a un incapaz debe prevalecer sobre las demás. Es casi un principio universal en las legislaciones occidentales que las leyes civiles propenden la búsqueda por la mejor forma de protección y el amparo para los que se encuentran en posición de inferioridad. Y ratifican, igualmente, el valor de la integridad como un bien jurídico protegido. Este principio del mejor interés del incapaz, extendido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, consiste básicamente en intentar mirar más allá de las posibles dificultades de cualquier orden que puedan pasar a un deficiente y como los organismos públicos pueden interceder para salvaguardar el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, la supremacía del principio del mejor interés sobre cualquier otro, conforme he dicho anteriormente, este precepto tiene

⁷⁸ Superior Tribunal de Justicia de São Paulo - Conflicto de competencia núm. 101.401 – SP (2008/0266015-4) el 10-11-2010.

por objetivo igualar las diferencias en el tráfico jurídico, de forma que la norma y la decisión que beneficia un incapaz hay que prevalecer bajo las demás.

En relación a ello vamos analizar una sentencia del Estado de Santa Catarina que también versa sobre conflicto de competencia, pero, con decisiones distinta a la anteriormente citada en fase de la primacía del principio de mejor intereses del incapaz.

De igual manera decide el tribunal de Santa Catarina - Florianópolis en un recurso de agravio de instrumento por conflicto de competencia⁷⁹. El caso que nos reporta se trata de un conflicto de competencia territorial en que la autora solicita la curatela de su hija. Tal petición se hizo ante la comarca de Lages, siendo que la enferma reside en otra ciudad que, según la recurrente pertenece al municipio de Urupema (SC), bajo la jurisdicción del municipio de São Joaquim (SC), a fin de requerir la curatela de E. M. M. de A., insta la respectiva acción en lo municipio de Lages, por entender ser más benéfico para las partes, especialmente para la enferma, con el objetivo de obtener el derecho al atendimento gratuito del Estado, delante de la precariedad del atendimento jurídico gratuito en la pequeña ciudad en que residen. El Tribunal decide que: A pesar de la acción para la interdicción haber sido propuesta en comarca diversa del domicilio del incapaz, no podría haber sido declinada de oficio por el Magistrado en cuestión, por tratarse de una competencia relativa, conforme ya había decidido anteriormente el Superior Tribunal de Justicia:

“Allá de esto, hay que se atentar para el fato de la acción tener sido aforada en la comarca de Lages visando mejor atender a los intereses del curatelado, a respecto de lo que registró el Superior Tribunal de Justicia: En los procesos de curatela, las medidas deben ser tomadas conforme los intereses de la persona interditada, lo cual debe prevalecer delante de cualquier otras cuestiones, debiendo la regla de la perpetuatio jurisdictionis ceder lugar para la solución que se figure más coincidente con los intereses del interditado y facilite el acceso del Juez al incapaz para la realización de los actos de fiscalización de la curatela. (Conflicto de Competencia 109840/PE, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. en 9-2-2011).

⁷⁹ Tribunal de Justicia de Santa Catarina. Agravo de Instrumento núm. 2011.059549-3 – Municipio de Lages – Santa Catarina, 26 de enero de 2012.

En conclusión, ha sido aceptado el recurso y diferida la pretensión para que el proceso tramite en el juzgado que sea más favorable al incapaz.

Compartimos la decisión del Tribunal de Justicia de Santa Catarina. Debido a la dimensión territorial de Brasil los conflictos de competencia se tornan más agravados, hay municipios en los que el juzgado no posee defensor público o sea abogado del Estado, lo que torna más difícil para los que no pueden cargar con un proceso de interdicción el acceso a la justicia, no obstante son muy pocos los casos de interdicción que son instados por el Ministerio Fiscal, de esta forma, con el objetivo de facilitar la vía a la justicia en los casos de interdicción el poder judicial declina de la competencia absoluta territorial y opta por la competencia relativa conforme el beneficio del incapaz.

Es incuestionable que en los diversos ordenamientos jurídicos, en particular aquellos que aquí revisamos, se estipulan las figuras de guarda dentro de ellas: la tutela, la curatela, la guarda de hecho, como herramienta legal de protección. El espíritu que anida en el legislador es el de resguardar y proteger los derechos fundamentales de los menores y/o deficientes.

Para ejemplificar tales consideraciones, un buen modelo legislativo en lo que se refiere al respeto de los principios de autonomía de la voluntad y del mejor interés de los mayores incapaces, es el Código Civil Alemán, específicamente en el artículo 1836 párrafo 1, que trata sobre la asistencia a los mayores incapaces, el cual vale la pena transcribir a continuación:

“En caso de que un mayor de edad no pueda valerse por sí mismo, bien en parte, bien en absoluto, por consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento corporal, espiritual o psíquico, el tribunal tutelar le nombrará a petición suya o de oficio, un asistente. La petición podrá ser presentada asimismo por un incapaz de obrar. En la medida en que el mayor de edad resulte impedido para valerse por sí mismo a causa de un impedimento físico, el asistente sólo podrá ser nombrado a petición suya, salvo que no sea capaz de expresar su voluntad”. (El subrayado es de origen). En este mismo sentido, el artículo 1901-2 reza así: “El asistente deberá atender a los deseos del asistido en cuanto que no resulten contrarios a su bienestar y en cuanto que ello le pueda ser exigible al

asistente. Ello será asimismo de aplicación para los deseos formulados por el mayor de edad antes del nombramiento del asistente, salvo que claramente los hubiere descartado. El asistente deberá comunicar al asistido todos los asuntos relevantes en cuanto que los hubiera llevado a cabo, siempre que ello no resulte perjudicial para su bienestar”⁸⁰.

En este ordenamiento jurídico es notoriamente exteriorizado el respecto a la voluntad del enfermo tanto con relación al nombramiento de un asistente indicado por el enfermo cuanto en la manera de ejercer la asistencia, conforme los deseos del asistido.

Sobre esto señala el Dr. Rodrigo BERCOVITZ que: *“El derecho civil nos enseña que en principio toda persona mayor de edad tiene capacidad para actuar con eficacia jurídica en todos los actos de la vida civil. Excepcionalmente, algunas personas se encuentran en una situación inadecuada para cuidar de sus intereses, por lo que se provee a su protección. Se les incapacita para realizar aquellos actos en los que se considera que han de ser protegidos y se les nombra un representante legal que actúe por ellos o junto con ellos en esos actos para los que carecen de plena capacidad. Se trata, pues, de conceder a determinados mayores de edad una protección similar a la que se concede con carácter general a los menores de edad, ya que por diversas razones excepcionales, se pueden encontrar en una situación de indefensión similar”⁸¹.*

Alineado con las ideas anteriores, merece la pena citar una magistral sentencia del Tribunal Supremo de España, sentencia núm. 282/ 2009 de 29 de abril⁸². Se trata de una solicitud de incapacitación oriunda de la provincia de Salamanca, en la que la supuesta incapaz es una persona mayor, sufre de una desorientación mental desde 1996 cuando se le diagnosticó episodios depresivos con síntomas psicóticos. La decisión de la Audiencia Provincial de Salamanca fue adoptar como figura de protección la tutela con el fraccionamiento de la misma entre un tutor para la persona y otro para administrar los bienes de la tutelada. La incapaz tiene seis hijos, pero dos de sus hijos requirieron en

⁸⁰ ENCIMAS RUIZ, Cristóbal Francisco y otros. *Código Civil Alemán Comentado*, Ed. Jurídicas Sociales, 1998. p.86. El subrayado es de origen.

⁸¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo. op.cit. P. 65.

⁸² TS. Sala de lo Civil. Sección 1ª, 29-04-2009. Trata sobre la incapacitación: compatibilidad de la normativa legal con los principios de la Constitución Española y de la Convención de Nueva York de 2006, ratificada por España sobre los derechos de las personas discapacitadas. Recurso de casación núm. 1.259/2006.

juicio su incapacitación absoluta y los demás hijos interpusieran recurso de casación y posteriormente recurso extraordinario, basándose en los dispositivos legales expresos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 477.2 y 348.3 y en el Código Civil artículos 200, 199, 215. La presunta incapaz es poseedora de un patrimonio considerable y éste, para nosotros, es el verdadero motivo de tal enfrentamiento, conforme lo expresa bien la sentencia de la siguiente manera: *“en la audiencia de los más próximos parientes (los seis hijos de la demandada) quedó constancia del claro y manifiesto enfrentamiento existente entre ellos en orden a la situación personal y patrimonial de la misma”*. El Tribunal Supremo admitió el recurso extraordinario y pasa a exponer lo que se sigue:

“El informe emitido por el especialista forense en primera instancia establece que del resultado de la entrevista podemos considerar que se trata de una mujer de edad avanzada, que padece un deterioro mental leve, con ligera deficiencia de todas las funciones noéticas de la personalidad, pues padece una enfermedad de Parkinson, ligera atrofia cortical sin signos de demencia; dichas alteraciones no le impiden realizar actos elementales y concretos de la vida cotidiana, los cuales no requieren de la plenitud de facultades noéticas intelectivas superiores, aunque debido a la sintomatología de la enfermedad de Parkinson necesita de terceras personas para su cuidado; para la realización de actividades más complejas (como realizar la compra, realizar el manejo de su vivienda), que requieran la concepción de ideas abstractas, creemos que es capaz de realizarlas suficientemente; el deterioro que padece hace que para otro tipo de actos mucho más complejos (pues aunque según certificado médico que dice no existir signos de demencia, sí existe una atrofia cortical, sí existe un cuadro de depresión y una enfermedad de Parkinson) debiera ser vigilada y cuidada en la administración de sus bienes, para así evitar en lo posible que pueda ser engañada por terceras personas ajenas a su entorno habitual”.

Según se aprecia, hay partes en esta sentencia del Tribunal Superior que bien expresan el verdadero sentido tuitivo de las figuras de protección y sus aspectos defensores de los derechos fundamentales de los incapaces, en perfecta comunión con los postulados de la Convención de Nueva York.

Esta Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándoles los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar. Ciertamente la sentencia resulta ejemplar al hacerse de la doctrina de la Convención y pone de relieve, también, las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad para concluir que:

"[...] La Convención propugna la renovación del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones", aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno. Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca:

- a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.);*
- b) Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor;*
- c) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias”.*

En su acertada conclusión, el Tribunal esclarece que:

el principal problema del recurso extraordinario y el de casación al que fuera interpuesto, no es que se hayan o no cumplidos los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil se hace conforme a la Convención de Nueva York, porque

en ésta los Estados que la ratificaron tienen la obligación al reconocimiento de que todas las personas son iguales ante la ley en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal, a beneficiarse de la Ley en igual medida sin discriminación alguna, obligándoles a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y a garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”.

Más categórico aún ha sido el magisterio ejercido en el mismo caso por el Ministerio Fiscal. Este se pronuncia sobre la capacidad jurídica de los incapacitados de la siguiente forma: *“A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme sus preferencias, siendo sustituido por un tutor...”* Y añade que la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales. Señala, asimismo, que a la vista de la citada convención, la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces. Además, sigue exponiendo, la decisión abunda sobre los objetivos de la Convención de Nueva York, indicando que se tenga siempre en cuenta que el incapaz es titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”. (El subrayado es nuestro). De allí que en continuación afirma: *“Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona, porque le impiden autogobernarse, por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.*

Finalmente decide el tribunal lo siguiente:

“La resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí solo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en criterios accesorios, como su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres

de sus hijos, para administrar sus bienes y negocios, por lo que podrían arbitrase otros medios diferentes. A juicio de la recurrente la incapacitación no debe basarse en criterios de conmiseración de la persona, que no son aceptables, ya que sólo debe basarse en la situación de incapacidad (...) Los argumentos relativos al patrimonio y a la situación de conflicto familiar se utilizan a mayor abundamiento, lo que queda demostrado al resumir las razones por las que se mantiene la medida de incapacitación. Se mantiene la tutela como medida de protección una vez que en el caso concreto la incapacidad es total, mientras que el sometido a curatela es todavía capaz, solamente requiere un complemento de capacidad. A respecto del fraccionamiento de la tutela entre la protección de la persona y la administración de los bienes, tratase de un acto discrecional del juez y por lo tanto depende de las circunstancias que el caso requiere”⁸³.

La sentencia no puede ser menos elocuente respecto de la asunción de los postulados fundamentales de la Convención de Nueva York a los fines de jurisprudencia, por parte de la doctrina española. Recoge de manera precisa el alcance de las figuras que venimos revisando y define sus límites, al tiempo que es categórico respecto de que la incapacitación antes que un estado de conmiseración resulta en una figura jurídica protectora de los derechos inalienables de la persona sujeto de esta cualidad. La incapacitación protege para salvaguardar en todas sus implicaciones jurídicas a la persona incapacitada; por ello mismo no le resta soberanía sobre aquellas dimensiones volitivas para las cuales mantiene plenas capacidades de juicio y discernimiento.

Tendremos oportunidad de revisar a lo largo de nuestro trabajo esta sentencia en la que la doctrina española ha encajado con amplitud, sencillez y fundamentación la vigencia de los postulados y principios fundamentales en el tema que abordamos consagrados en la Convención de Nueva York. En el caso de Brasil estos principios están recogidos en el Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009 por el que se promulga la Convención Internacional sobre los Derechos de personas deficientes ocurrida en Nueva York. Mediante este acto, las instituciones brasileñas muestran el reconocimiento para dar acogida dentro de la legislación, administración y justicia, a todos los valores y

⁸³ *Idem*. Audiencia Provincial de Salamanca.

principios protectores determinados por la Convención, especialmente en lo que se refiere a los principios de la autonomía de la voluntad, la no discriminación y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana.

Tal como se ha visto, constituye un menosprecio que solamente las personas que tienen un patrimonio considerable sean incapacitadas jurídicamente y puedan gozar de la protección jurisdiccional, mientras que aquéllos que no poseen patrimonio o que carece de bienes, siguen sin gozar de esta protección. Esta consideración la desarrollamos posteriormente para el caso brasileño.

Así, puesto que el único objetivo para incapacitar una persona es ampararla, persiste una conciencia social, suerte de imaginario colectivo, que entiende que designar jurídicamente en condiciones de incapacitación a una persona significa rechazarlo de la realidad o de la convivencia social. Ello constituye un problema adicional que se añade a la difícil decisión de incapacitar a una persona por las implicaciones familiares, sociales y hasta personales, lo que remite a conflictos de toda suerte.

Pareciera que socialmente - aunque en unas sociedades más que otras- existen ciertas taras culturales para acoger el sentido proteccionista de la norma y dar curso favorable al proceso de incapacitación; antes bien, todavía domina el prejuicio, la desconfianza o vergüenza familiar y el desconocimiento sobre el verdadero objetivo de un procedimiento de incapacitación. Ello, claro está, vuelve la situación aún más complicada y compleja. Se desdeña que el único sentido de restringir la capacidad a una persona es solamente buscar su protección jurídica.

De todo esto se deduce que el principio de mejor interés del incapaz debe ser el instrumento propulsor de los procedimientos de incapacitación, cuyo presupuesto básico es resguardar los derechos y la integridad física, moral y mental de la persona que está bajo la tutela jurisdiccional. A su vez, esta tutela jurisdiccional de protección se centra en las figuras del Juez y del Ministerio Fiscal y éstos deben ejercitar el poder de fiscalización y control, a favor del incapaz con respecto a su dignidad personal. Como lo advierte la Prof. Sonia CALAZA LÓPEZ: *“El proceso de incapacitación constituye un mecanismo orientador hacia la protección de las personas, mediante la situación de*

debilidad, de insolvencia psíquica, así como, en ocasiones, de desamparo personal o patrimonial, de los presuntos incapaces, en particular”⁸⁴.

Debemos reconocer que compartimos la opinión de la Dra. CALAZA LÓPEZ, creemos, no obstante, que la responsabilidad de protección no puede realizarse solamente mediante procedimientos jurídicos depositando en manos de jueces y fiscales decisiones de trascendencia para la persona y su núcleo familiar, y, antes bien ha de ser compartida por la sociedad - mediante normas sociales que avalen el reconocimiento del incapacitado y el poder público, en particular la administración mediante la disposición de regulaciones ejecutivas que desplieguen el desarrollo de la legislación de protección y apoyo.

Cabe agregar la posición de DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN que afirma, “...la indudable mejora que en el tratamiento jurídico de los incapaces ha supuesto la reforma de 1983 sigue estando desconectada de la realidad, en que la iniciativa para incapacitar a un familiar suele ser vista como un ataque a éste, en lugar de como un acto debido para su protección, como supone el legislador o, en todo caso, como una complicación que se evita mientras no hay muy fuertes razones para abórdala. En consecuencia, la mayor parte de los que para su protección, de acuerdo con el Código, deberían estar incapacitados, no lo están. Si esto es así, y no parece que vaya a cambiar, vale la pena hacer el esfuerzo doctrinal adecuado para aplicar a los actos de los incapaces habituales la forma de invalidez que el derecho predispone para la protección de una parte contractual, es decir, la anulabilidad”⁸⁵.

Para nuestro juicio, la incapacitación ha de ser vista solamente con carácter proteccionista o tuitivo visando siempre el beneficio del enfermo. Es patente los casos de explotación, de abuso sobre personas minusválidas que no han sido incapacitadas jurídicamente. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una persona deficiente intelectualmente, cuando no se encuentran bajo la debida protección jurisdiccional es, muchas veces, abusada por personas inescrupulosas para provecho

⁸⁴ CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Los Procesos Sobre la Capacidad de Las personas*, Ed. Lustel, 2007, pág. 32.

⁸⁵ ECHEVERRÍA DELGADO, Jesús y PARRA, LUCÁN, María Ángeles: *Las Nulidades de los Contratos en la Teoría y en la Práctica*. Ed. DYKINSON. 2005. pp. 1577 y 1578.

particular. Y, los procedimientos judiciales para invalidar un acto practicado por una persona naturalmente incapaz son, sin duda, un difícil camino procesal.

También al respecto afirma el Dr. Ignacio SERRANO GARCIA que: *“Tenemos que desterrar la concepción de la incapacitación como una institución sancionadora o restrictiva de los derechos de las personas, (no hablemos de la incapacitación como venganza o procedimiento de apoderarse de la administración de bienes) sino muy al contrario, tenemos que considerarla como institución protectora. Cuando alguien no puede gobernarse a sí mismo debe ser ayudado y la ayuda comienza por dotarle de una institución de guarda y protección. Se ha escrito, en la doctrina francesa, que no puede concebirse la institución de la tutela como figura establecida en consideración de un interés ajeno al del incapaz, y que, tanto en Derecho positivo como en Derecho natural, parece que todo debe partir de la idea de protección. Ya se podía leer en el Digesto que consilio et opera curatoris debet non solum patrimonium sed et corpus ac salus furiosis”*⁸⁶.

En nuestra opinión, razona correctamente el ilustre autor. La incapacitación debe ser adoptada, si es necesario, con toda cautela y precaución para asegurar la adecuada protección al deficiente que sufre de una enfermedad permanente. Así, la sentencia deberá determinar la extensión y límites de la medida de protección y deberá ser constantemente revisable, ya que el estado de la tecnología, rutina y saberes médicos de nuestros días permite que la incapacitación sea tratada como un estado sujeto a alteraciones, influenciada por los efectos de la enfermedad o por la repercusión sobre la personalidad del enfermo; y constantemente sujeta a valoración, más que dependiente de un momento vital de la persona presuntamente incapaz evaluada bajo la rutinaria evacuación de pruebas en el día a día de los juzgados, en los que debido a la gran cantidad de procesos se hace difícil la realización de un análisis más profundo de cada caso en particular.

Evidentemente, en España hay una vasta y positiva legislación protectora de los discapacitados a mayores de la regulación relativa a la incapacitación. El ordenamiento jurídico español es un ejemplo progresista que merece la pena ser tenido en cuenta para revisar su encaje en otras realidades como la brasileña. Para ejemplificar tal

⁸⁶ GARCIA SERRANO, Ignacio: *La protección jurídica del Discapacitado*. I Congreso Regional. Ed. EDITA: Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. pág. 16.

consideración veamos las leyes 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidad no discriminación y accesibilidad, y la Ley 39/2006 de 14 de diciembre sobre la promoción de la autonomía del incapaz. Ésta última establece los grados de discapacidad en: Grado I, dependencia moderada; grado II, dependencia severa; grado III, gran dependencia. Y, por fin, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, de las cuales hablaremos más detalladamente en un apartado específico, siendo conscientes que discapacidad e incapacidad para la incapacitación son términos distintos, pero inevitablemente conexos.

Para dar por acabado este punto, conviene hacer un breve comentario conforme hemos venido hablando reiteradamente respecto del objetivo del proceso de incapacitación, a saber, la protección de la persona. El objetivo de la mediación del Estado al nombrar un representante o un asistente es solamente el modo, o la manera en que este asume la obligación legal de salvaguardar los derechos de la persona objeto de la figura de guarda. En un segundo momento, el objetivo puede ser la protección familiar o resguardar el orden social, pero sobre todo es amparar la parte más vulnerable de este orden que es justamente el incapaz. Para ilustrar este aserto, citemos la sentencia proferida por la Audiencia Provincial de Barcelona en 14-3-2006, que alude a un diagnóstico de anorexia como enfermedad psíquica que precisa de tutela para seguir el tratamiento psiquiátrico, forzando el ingreso hospitalario no voluntario. Seguidamente se cita:

“En la documental aportada en la instancia del servicio de psiquiatría del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau se diagnostica una anorexia nerviosa, haciendo referencia a un gesto autolítico, y demás que resulta de la documentación aportada. Y, en informe de urgencias del Hospital de Bellvitge, de fecha posterior, es de observar que como tratamiento recomendado se dice “agilizar el ingreso involuntario vía judicial” para adelantar en lo posible el tratamiento. Y, en prueba practicada en esta alzada, en nuevo reconocimiento médico forense, se indica en el informe que Encarna, de 20 años de edad, realizó durante la pos/adolescencia un proceso de anorexia, que precisó de tratamiento psiquiátrico; ha consumido tóxicos, fundamentalmente cocaína; varios intentos de autolisis; inestabilidad emocional; no se tiene por enferma. Y, en conjunto apunta un trastorno de personalidad de cierta severidad: anorexia mental, intento de autolisis, desadaptación, anosognosia (incapacidad o defecto de un sujeto

para reconocer una enfermedad o defecto que padece él mismo), concluyendo el médico forense que precisa de tutelaje en cuanto a necesidad de tratamiento psiquiátrico ya que no tiene conciencia de problema en este campo, y existe riesgo en este sentido, existiendo también puntuales consumos de tóxicos severos y episodios depresivos. En definitiva, entendemos que de los informes de sendos Hospitales, y del concluyente informe médico forense practicado en esta alzada, concurren los requisitos previstos y señalados en el fundamento de derecho (...) en la existencia de una enfermedad psíquica real, sin conciencia de la enfermedad por parte de Encarna que impide su tratamiento, precisando el internamiento no voluntario”⁸⁷. (subrayado del original)

Esta sentencia retrata, a nuestro entender, de manera clara la preponderancia del principio del mejor interés y de la supremacía de los derechos indisponibles. Motivado por la sugerencia del médico para que sea instado el debido proceso de incapacitación. De acuerdo con mi punto de vista la decisión de incapacitar la enferma fuera la más correcta ya que no tenía consciencia de su situación de enfermedad.

Sobre estas bases conviene citar la opinión del notario Rafael LEÑA FERNÁNDEZ, del Colegio Notarial de Sevilla: “...*me dirijo fundamentalmente a los asesores legales para indicarles que normalmente, en el 90% de los casos, cuando vienen los padres a sus despachos, su hijo disminuido psíquico no ha sido incapacitado todavía, puesto que aún permanecen con él. Y el primer consejo que se les da a los padres es: procuren ustedes su incapacitación urgente*”⁸⁸.

En distintos espacios de opinión y a través de artículos publicados este notario, especialmente conectado a las causas de incapacitación, alerta de forma reiterada la necesidad inminente en que las familias insten la incapacitación con intuito de preservar el incapaz, acato las ideas, a nuestro entender, muy coherentes del notario en el sentido de la precaución y preservación de los intereses de los enfermos a través de la protección judicial.

⁸⁷ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 14-3-2006. Revista SepínNETrevista. Persona y familia, octubre 2007. Nº 70.

⁸⁸ Revista de la Fundación Tutelar TAU - La Persona con Retraso Mental, Incapacitación, Tutela, Matrimonio, Esterilización, Testamento. Artículo de autoría del notario LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. *El Testamento en Caso de Incapacidad*. Notario del Colegio Notarial de Sevilla. Integración. pp. 97 -108.

Al tiempo merece la pena mencionar la opinión de Bartolomé VARGAS CABRERA que afirma que: *“En definitiva de la norma fundamental, entiendo que surgen dos ideas inspiradoras. De una parte la de garantía con que han de abordar se la legislación sobre discapacidad en función de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales de que es titular el que la sufre. De otra la de protección y atención a sus necesidades que implica plena inserción en la sociedad. Son precisas siempre soluciones de equilibrio entre una y otra perspectiva para encontrar la justicia de los casos concretos”*⁸⁹.

De todo ello se desprende que la incapacitación como preservación de los intereses del enfermo y como protección jurídica representa un cambio que pretende romper con el estigma y estereotipo social hondamente arraigado que asocia la incapacitación civil como representación de total anulabilidad del enfermo como ser pensante y minusválido en el ejercicio de sus facultades humanas. Para la concientización de que es un instrumento de garantías, de protección y de busca de beneficios a los que necesitan de las figuras de guarda.

1.4. Los menores inmersos en causas de incapacitación, protección jurídica. La patria potestad prorrogada como respuesta jurídica una vez la mayoría.

*Las personas discapacitadas se ven discriminadas desde su nacimiento, o desde el momento en que se convierten en discapacitados. Muchas veces el nacimiento de un niño discapacitado se considera una tragedia. Estos niños requieren más atención y en general se considera que en el futuro no podrán mantenerse a sí mismos, y mucho menos a la generación precedente. En las comunidades que ya viven en una situación de pobreza crónica ello reviste gran importancia. Puede que los niños discapacitados estén protegidos y cuidados, pero normalmente se ven excluidos de las actividades cotidianas de la familia y la comunidad. No se escucha su voz*⁹⁰.

A continuación vamos a revisar las figuras susceptibles de aplicación ante posibles estados de discapacidad juvenil, en especial para cuando la enfermedad se

⁸⁹ CABRERA VARGAS, Bartolomé. (2003): *Aspectos Civiles y Procesales de la discapacidad. En la protección jurídica del discapacitado*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, p. 122.

⁹⁰ SERRANO GARCIA, Ignacio. (2003): *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad – Tratamiento sistemático de la ley 41/2003*, Madrid, Ed. Iustel, p. 152.

presenta en la menoría de edad. Como es la orientación de este trabajo, revisamos el estado de la legislación para España y Brasil, acotamos ejemplos de jurisprudencia y formulamos apuntes conclusivos manteniendo presente la perspectiva comparada.

1.4.1. En Brasil. La curatela de los menores enfermos

Conforme señalamos en líneas precedentes, Brasil no reglamenta la interdicción para menores de edad y aún la jurisprudencia no es pacífica, pues encontramos sentencias que admiten la interdicción de menores portadores de enfermedades inmutables mediante la figura de la curatela, que es la adecuada en casos de interdicción por enfermedades, y por otro lado, está la tutela que se destina solamente a casos de falta de los padres.

Conviene transcribir nuevamente el artículo 1.767 del Código Civil Brasileño que establece la curatela:

Están sujetos a la curatela:

I - Aquellos que, por enfermedad o deficiencia mental, no tuvieren el necesario discernimiento para los actos de la vida civil;

II - Aquellos que, por otra causa duradera, no pudieren expresar su voluntad;

III - Los deficientes mentales, los ebrios habituales y los viciados en tóxicos;

IV - Los excepcionales sin completo desenvolvimiento mental;

V - Los pródigos.

Ahora bien, el Estatuto de Niños y Adolescentes, la Ley 8069 de 13 de Julio de 1990, establece la protección de los niños y adolescentes deficiente, pero dispone, para mí, de una manera escasa, insuficiente en el artículo 11 y 12 que:

Art. 11. Es asegurado el atendimento integral a la salud del niño y del adolescente, por intermedio del Sistema Único de Salud, garantido el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para promoción, protección y recuperación de la da salud.

§ 1º El niño y el adolescente portadores de deficiencia recebaran el atendimento especializado.

§ 2º Incumbe al poder público fornecer gratuitamente para aquellos que necesitaren los medicamentos, prótesis e otros recursos relativos al tratamiento, habilitación o rehabilitación.

Art. 12. Los establecimientos de atendimento a la salud deberán proporcionar condiciones para la permanencia en tempo integral de un de los padres o responsables, nos casos de internación de niños o adolescente.

Es igualmente necesario resaltar que todavía hay muchos casos en que las familias de niños y adolescentes enfermos inician el procedimiento de incapacitación, cuyo fin es especialmente la obtención de la pensión mínima por la seguridad social que es destinada a todos los que tengan una enfermedad duradera y permanente. Pero, conforme hablamos en líneas arriba, el ordenamiento jurídico brasileño no prevé la interdicción de menores de edad, ya que estos están bajo la protección de la patria potestad.

Precisamente, sobre ese tema destaca una decisión, del Tribunal de Sao Paulo, de 27-04-2011, referido al caso de una menor con síndrome de Down. Como hechos se relató que la madre interpuso recurso de apelación contra la decisión que denegó la curatela de la menor, el objetivo de la pretensión jurisdiccional, conforme se refirió anteriormente, es básicamente recibir una pensión por incapacitación permanente. *El Tribunal se pronuncia de la siguiente manera: Acordán la 8ª Cámara de Derecho privado del Tribunal de Justicia de Sao Paulo que profiere la siguiente decisión: La sentencia cuyo estudio se hace, en los autos de acción de interdicción que denegó la petición inicial sin apreciación del merito en los términos del artículo 267, - I y IV del Código de Proceso Civil y por consiguiente revocó la curatela de la madre. Inconforme, la madre interpone recurso de apelación, solicitando modificación de la decisión, aseverando qué, la curatela de los incapaces es admisible en cualquier edad*

porque la menor tiene una enfermedad congénita, padece síndrome de Down no especificado, enfermedad incapacitante y hay legítimo interés de obtener un ingreso de la seguridad social por causa de la enfermedad, con el objetivo de recibir una renta mensual mínima. Aunque inusitado por la jurisprudencia, en el art.1.177⁹¹ del Código de Proceso Civil es claro.

En este sentido, el Tribunal entiende que el pleito es viable porque la menor carece de la protección establecida por la ley, una vez que la curatela está destinada a asegurar el beneficio de la asistencia social y de un sueldo mínimo para la manutención del enfermo, es cierto que la madre es pobre y tal beneficio la ayudaría en sus necesidades vitales. Lo cierto es que la menor aun se encuentra bajo el poder familiar, pero para el Tribunal, o la medida postulada es perfectamente viable y legítima. Porque argumenta que la curatela es posible en cualquier edad, su procedencia es un criterio de utilidad y la sobrevivencia de la menor justifica plenamente el proseguimiento del proceso⁹². De esta forma acata el recurso y ordena que el procedimiento prosiga con el examen de la discapacitada por parte del perito.

El Tribunal efectivamente, entiende que la curatela es posible en todas las edades, pues no hay ningún instrumento legal en el país que establezca que la curatela se destina a los enfermos mayores, aunque el instrumento de interdicción solamente es usado con posterioridad de la mayoría de edad del discapacitado.

A pesar de entender la decisión proteccionista del juzgador, no compartimos de la decisión del Tribunal porque pienso que hay una adulteración del real sentido de las figuras de guarda, cuando se mezcla previsión de auxilio mensual por la previdencia social con interdicción.

Por su parte, es necesario resaltar que existe, a nuestro entender, una tremenda incongruencia legislativa, pues aunque la legislación brasileña no contempla la incapacidad de menores, y en consecuencia, la designación de curador para ellos, todavía determina que el tutor, que es destinado a menores, si podrá ejercer la curatela.

⁹¹ Art. 1.177 - A interdição pode ser promovida:

I - pelo pai, mãe ou tutor;

II - pelo cônjuge ou algum parente próximo;

III - pelo órgão do Ministério Público

⁹² Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Apelación civil núm. 9068467-87.2007.8.26.0000. 8ª Câmara de Derecho Privado en 27-04-2011.

Art. 1.768. La interdicción debe ser promovida:

I – Por los padres o tutores;

II – Por el cónyuge, o por cualquier pariente;

III - Por Ministério Público.

No obstante, en una situación semejante a la narrada precedentemente, el mismo Tribunal de Sao Paulo en la 6ª Cámara de Derecho Privado, decidió, en 12-09-2010, lo opuesto, siendo apelante la madre de una chica de 13 años que tiene síndrome de Down. El tribunal en esa providencia decide: *La interdicción de la menor impuber no es admisible porque se trata de un persona que ya es absolutamente incapaz para la ley civil y está debidamente representada por su madre. Al contrario, alega la actora que la menor está amparada por los artículos 1.767 y 1.768 del código de proceso civil y por lo tanto, si puede someterse al proceso de interdicción.*

El Tribunal suma decisiones que deniegan pedidos iguales de interdicción de personas menores tales como: “...interdicción de incapaz menor de edad, absolutamente incapaz que padece de enfermedad mental. En razón de edad la interdicción es incompatible, prevalencia del poder familiar el proceso debe ser instinto sin juzgamiento del merito, eventuales beneficios sociales por la seguridad social que no necesita de interdicción civil, el proceso debe ser extinto por falta de interés y de posibilidad jurídica del pedido, sentencia de primero grado mantenida, recurso denegado”. En definitiva, resuelve no acatar el recurso de apelación⁹³.

Compartimos la decisión del Tribunal porque la menor enferma esta bajo la protección del poder familiar. No apreciamos sentido a ser sometida a un proceso de interdicción especialmente en lo que concierne a la percepción de beneficios sociales, cuando es obligación del Estado garantizar su salud.

También, en este mismo sentido conviene citar la sentencia sobre la incapacitación natural ocurrida en Brasil, específicamente en el Estado de Santa

⁹³ Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Apelación civil núm. 990.10.138230-0. 6ª Câmara de Derecho Privado en 12-09-2010

Catarina⁹⁴, apelación civil. Núm. 2007.016743-5 de 09-10-2007: “*La abuela requiere la interdicción del nieto y nombramiento de ella como curadora.*” El menor de 15 años de edad padecía el *síndrome de asperger*.

El Tribunal decidió que la incapacitación es una solicitud jurídicamente imposible, toda vez que se trata de un menor. Y resuelve extinguir el proceso, sin resolución del mérito. Exégesis del artículo 267⁹⁵, inciso VI del Código del Proceso Civil” y sigue señalando que es el presunto interdictado es menor de edad y por lo tanto, ya es absolutamente incapaz, por lo que no está sujeto al procedimiento de interdicción. Concluye que “*Jurídicamente, es imposible presentar la solicitud de interdicción, en la exacta medida en que él jamás ejerció la capacidad civil, no encontrando la pretensión formulada respaldo en el art. 1.767⁹⁶ del Código Civil. Sin embargo, nada obsta que después de los 16 años, sea la solicitud evaluada nuevamente, al ser siempre revisable*”.

Conforme anteriormente hemos expuesto concordamos con el Tribunal. A nuestro juicio hay una incongruencia en el sentido de que si el menor nunca es capaz en la ley civil como puede ser incapacitado. A nuestro entender la decisión del Tribunal está cierta, ya que el objetivo de la institución de la curatela no puede limitarse exclusivamente a la percepción del beneficio económico. Más allá de esto hay una pretensión amplia, además de otorgar un sueldo mínimo con carga a la seguridad social para aquellos que se encuentran con alguna enfermedad y aun más vulnerable que el resto, teniendo en cuenta la minoría edad.

Para la concesión de tal ayuda social no es necesaria la interdicción del menor o de la persona mayor de 65 años. Sin embargo, una incapacitación es un hecho que tiene repercusión jurídica de grande alcance, la mudanza del status civil de una

⁹⁴ TJSC. 1ª Cámara de Derecho Civil de Santa Catarina, 09-10-2007. Apelación Civil núm.2007.016743-5. Consulta hecha en la dirección www.cc2000.com.br/jurisprudencia.

⁹⁵ Art. 267 del Código de Proceso Civil Brasileño: Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse procesual.

⁹⁶ Art. 1.767: Están sujetos a la interdicción: I - aquellos que por enfermedad o deficiencia mental no poseer discernimiento para los actos de la vida civil; II – Los que por causas duraderas no puedan expresar su voluntad; III – Los deficientes mentales, ebrios habituales, los adictos en tóxicos; los deficientes mentales; IV – Excepcionales sin completo desenvolvimiento; V – Los pródigos.

persona es una decisión muy significativa que trae fuertes consecuencias legales y muchas veces, también un cierto rechazo por parte de la sociedad.

Conforme el Art. 20 de la ley 8.742 de 07-12-93, establece: *un sueldo o beneficio de la prestación continuada que es la garantía de un salario mínimo mensual a la persona con deficiencia y al anciano con 65 años o más que comprueben no tener medios de proveer su propia manutención ni de la tener próvida por su familia.*

§ 2. *Para efecto de la concesión de este beneficio, son consideradas personas con deficiencia aquellas que tienen impedimentos de largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial, los cuales, en interacción con diversas barreras, pueden obstruir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas.*

A nuestro humilde juicio este dispositivo legal no condiciona a la interdicción, pensamos, que puede estar siendo exigida, la interdicción, de forma equivocada lo que merece un mejor análisis por parte de los órganos de fiscalización de Brasil.

En este sentido, determina la Constitución Brasileña en el artículo 227, establece que: *Es deber de la familia, y de la sociedad y del Estado asegurar al niño, al adolescente y al joven, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, el descanso, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, así como ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.*

§ 1º *El Estado promoverá programas de asistencia integral a la salud del niño, del adolescente e del joven, admitida la participación de entidades no gubernamentales, mediante políticas específicas e obedeciendo a los siguientes preceptos:*

I - Aplicación porcentual de los recursos públicos destinados a la salud en la asistencia materno-infantil.

En este mismo sentido aboga el Prof. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO cuando afirma que: *El criterio a orientar el juez será o del interés o*

*conveniencia del menor, que hay de preponderar sobre los derechos o prerrogativas a que, por casualidad, se arroguen los padres*⁹⁷.

De los antecedentes planteamientos se deduce que en los procesos que envuelvan menores discapacitados la jurisprudencia de Brasil se encuentra dividida, algunos Tribunales conceden la curatela para menores enfermos y otros no. De acuerdo con nuestro punto de vista, indubitadamente como se puede proceder la interdicción de alguien que nunca fuera capaz, para mí la legislación brasileña no comporta la incapacitación de menores.

Con relación a los niños y adolescentes deficientes el Estatuto de Niños y Adolescentes y el Código Civil brasileño actualmente no abarcan las carencias sociales, la legislación es parca aunque hay una vasta gama de jurisprudencia.

Pasaremos posteriormente a analizar los casos de los menores inmersos en proceso de incapacitación en España.

1.4.2. En España: tutela, curatela, patria potestad prorrogada;

La constitución española en el Artículo 39 establece en sus numerales correspondientes que: “... (3) *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.* 4. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

Especialmente la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor – Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, determina en el artículo 12, lo siguiente: “*Actuaciones de protección. 1. La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.* 2. *Los poderes públicos velarán para que*

⁹⁷ *Curso de Direito Civil - Direito de Família*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 17ª ed., p. 226

los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor”.

En este mismo contexto, el Código Civil Español establece en el *Artículo 108* que: *La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.*

El ordenamiento jurídico español está orientado hacia la absoluta e integral defensa y protección del menor. El Código Civil desarrolla este principio de protección de los menores a través de las figuras de adopción, tutela, guarda de hecho, del acogimiento familiar o acogimiento residencial. Veamos las notas características de las que son objeto de nuestro estudio.

La tutela y la curatela son importantes figuras para la protección de menores, quizás las más ordenadas y reguladas en la legislación española.

Si no vive ninguno de los padres y el menor naturalmente incapaz posee alguna deficiencia física o psíquica, podrá quedarse bajo la tutela o la curatela, según el grado de incapacitación, al llegar a la mayoría de edad será solicitada la patria potestad prorrogada o rehabilitada de quien lo tenga bajo sus cuidados.

Aunque nos apartemos un poco del tema de la incapacitación, quisiera citar una interesante sentencia proferida por el Tribunal de Sevilla de fecha de 14 de Junio de 1999 y que resalta muy bien el sentido de preservar el principio de mejor interés del incapaz a través de la tutela. El caso que nos reporta gira alrededor de un litigio entre el tutor nombrado en el testamento y los tíos de la niña sobre la designación del tutor; la menor en los tiempos de la sentencia tenía 11 años.

El padre de la niña, cuatro meses antes de morir nombró a través de testamento el aspirante al cargo de tutor su compañero. Desde que la madre de la niña muriera cuando la menor tenía un año de edad, es cuidada por el compañero del padre, aunque sepa que tratase de un hombre lo tiene como referencia materna. El tribunal menciona:

“En efecto, no ofrece duda que la discusión se ha generado por la condición de travestido que presenta el solicitante y aspirante al cargo de tutor si es así, y si de lo que se tratase de dilucidar en el litigio fuese un derecho al ejercicio de la tutela y sólo fuese tal derecho lo determinante para el ejercicio del cargo, es claro que la decisión adoptada sería directamente atentatoria al artículo 14 de la Constitución por cuanto que supondría una abierta discriminación por razón de sexo sin que permita paliativo alguno la pretensión de un doblegamiento de la decisión judicial a una supuesta realidad social discriminatoria respecto de los travestidos, pues, de ser así, lejos de plegarse la decisión judicial a tal realidad, habría de rebelarse frente a la misma a fin de hacer actual la vigencia y aplicación de los principios igualitarios que constituyen uno de los pilares de la Constitución.

Pero, y en esto hemos de coincidir tanto con el Ministerio Fiscal como con el juzgador de primera instancia, la tutela no es un derecho sino un deber, y que el nombramiento de tutor no se hace en favor ni beneficio del llamado a ejercer el cargo sino del menor tutelado, lo que nos podría conducir a la peligrosa conclusión de que si el interés del menor, que es el protegido, pasase por evitarle un tutor por el hecho de su condición sexual, tal sería la decisión a adoptar. Pero dicha proposición constituye una falacia porque el derecho del aspirante al cargo a no ser discriminado por razón de sexo, y la defensa y protección del interés del menor, no constituyen compartimentos estancos, porque mal se protegería el interés del menor si en la decisión que sobre él se tomase se infringiesen derechos fundamentales, o, dicho de otra manera, la discriminación sobre el tutor se trasladaría al menor por cuanto que se estaría discriminando a éste en cuanto a su interés en tener un tutor, es decir se le privaría de tal por la condición sexual de quien, no teniéndola, sería en otro caso designado para tal. [Y, continúa la sentencia resaltando el interés del menor]... Qué sea lo que constituye el interés del menor no es algo pacífico. Desde luego no puede serlo, al menos de forma determinante, ciertos estereotipos a los que ya nos hemos referido anteriormente. Puede sí pensarse en situaciones idílicas como modélicas, un núcleo familiar compuesto del padre y madre, pero incluso tal generalidad «per se» no vale, porque la realidad nos muestra con desgraciada frecuencia situaciones de crisis familiar largamente vividas y sufridas por los menores debido a las

desavenencias de los padres, y con frecuencia se dice que en tales casos es preferible, a fin de evitar el mal ejemplo, la separación de aquéllos”. (Subrayado nuestro)

Para concluir, el Tribunal decide que el padre y Eva (el travesti) constituyen una familia y por ello ningún perjuicio de la relación se ha derivado para la menor, sino, antes al contrario, todos los informes han sido favorables, no existe, circunstancia ni razón nueva más allá del fallecimiento del padre que motive la modificación de la situación y estima el recurso de apelación y revoca la decisión anterior, nombrando el apelante al cargo de tutor⁹⁸.

Compartimos la posición del Tribunal de Sevilla. Para nosotros, esta sentencia bien demuestra el cambio de la mentalidad de los juristas, especialmente en el derecho de familia a la adaptación de las modificaciones de las costumbres, sin intentar ocultar la realidad o quizá demostrar un falso ambiente. Lo cierto es que el derecho debería siempre se adaptar a las situaciones impuestas por la sociedad, no puede ser una ciencia cerrada, especialmente en el derecho de familia que, con el devenir de los tiempos, viene adicionando nuevas estructuras y paradigmas y dejando atrás concepciones que hoy se estiman de poco alcance para encerrar la multiplicidad de formas de relación afectiva legítimas y legales.

Sobre ésto conviene citar la posición del Dr. Emmanuel JIMÉNEZ FRANCO: *Surge así, en contraposición del modelo familiar tradicional basado en el matrimonio, una concepción más democrática, más igualitaria y también más hedonista de la institución familiar, donde el consenso, la decisión compartida y el reconocimiento de los intereses individuales pasan a regir los principios decisorios del proyecto familiar. Donde el amor, el afecto y la comprensión mutua de las relaciones interpersonales voluntarias son el basamento de la familia, apareciendo la aceptación del divorcio como una salida natural a las situaciones familiares cuando los lazos emocionales han desaparecidos o se inicia una nueva relación amorosa*⁹⁹.

⁹⁸ AP de Sevilla (Sección 6ª) Recurso de apelación núm. 1145/1998, Auto de 14 de junio de 1999/851. Decisión investigada en el site www.westlawes.es

⁹⁹ JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel. *Reflexiones sobre adopción y homosexualidad*, en “Menores: Instituciones de Protección y Responsabilidad”, Martínez Gallego E. M. (Coord.) p. 177.

A nuestro juicio el supra mencionado autor define con sapiencia las relaciones familiares actuales en que la sociedad a los pocos va se acostumbrando con comportamientos que hasta muy poco tiempo era considerado reprochables.

Volviendo a nuestro tema, el artículo 757 - 4 de la ley de Enjuiciamiento Civil, establece:

Artículo 757. Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. Escribe Carlos ROGEL VIDE:

“En estos artículos se piensa, principalmente, en los deficientes mentales, cuya disminución, congénita o muy tempranamente adquirida, de la voluntad y de la inteligencia se va a prolongar, inevitable y desgraciadamente, a lo largo de toda su vida. Con la incapacitación de los mismos se logra, en primer lugar, que no se produzca una fisura en la protección arbitrada para ellos con motivo de la llegada a la mayoría de edad, mayoría que, en supuestos normales, supondría el fin de la incapacitación, permitiendo que entren en juego, sin solución de continuidad, los institutos protectores consistentes en la patria potestad prorrogada o en la prolongación de la tutela. En segundo lugar y para el supuesto posible de que la incapacitación declarada fuere determinante de un grado de limitación de la capacidad superior a la que correspondería por razón de la edad, cabe que ello se haga constar en la sentencia de incapacitación especificando, en la misma, los actos para los que el menor queda completamente inhabilitado, con lo cual se logra la mayor adecuación entre la esfera de

capacidad asignada al menor deficiente y la que, efectivamente, estuviese éste en disposición de ejercer”¹⁰⁰.

A nuestro juicio, es difícil comprender por qué razón se ha de incapacitar a un menor si este se encuentra bajo la protección de la patria potestad. Legalmente, el menor tiene limitada su capacidad de obrar y no puede por sí solo practicar actos jurídicos sin la participación o el consentimiento del representante, en consecuencia, es mi criterio que la atribución de incapacitación tiene efecto jurídico nulo.

Con relación a la tutela o la curatela de menores enfermos en España, especialmente en el juzgado de salamanca en lo cual hicimos una investigación directa, conforme podemos observar en esto estudio, efectivamente, son muy pocos los casos que se solicitan la incapacitación de niños o adolescentes, es más común que las familias esperen que los hijos enfermos cumplan 18 años para solicitar su incapacitación y la prórroga de la patria potestad.

Ello se verifica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 29 de Junio de 2010. El caso que nos ocupa se trata de la incapacitación de una mujer de 22 años porque tiene el diagnóstico de inteligencia límite la decisión de primer grado la declaró incapaz parcialmente y designó como curadores sus padres. Los padres recorren de la decisión solicitando la rehabilitación de la patria potestad y la incapacitación absoluta de la hija para regir sus bienes o sea en el ámbito patrimonial.

La sentencia apelada razona en contra de rehabilitar la patria potestad porque la incapacitación que declara es parcial incapaz y por lo tanto, según el juzgado de primera instancia sujeta a la curatela, porque ésta no comporta la asunción de la representación legal del incapaz. El recurso hace hincapié en que es precisamente esa suerte de representación legal la asistencia que conlleva la patria potestad lo que beneficiará a la incapaz.

¹⁰⁰ VIDE ROGEL, Carlos. (2008): *Derecho de la Persona*, Ed. Reus, p.58.

En este sentido, el recurso trae varios ejemplos de Jurisprudencia menor en los que en supuestos de hecho como el que nos ocupa se sostiene incluso que sólo debe acudir a la curatela cuando no sea posible la rehabilitación de la patria potestad.

Finalmente, el Tribunal resolvió estimar parcialmente el recurso de apelación y concreta que la incapacitación es parcial porque no se le priva de la capacidad para regir su persona, sino únicamente de la capacidad para administrar sus bienes; capacidad para administrar sus bienes cuya privación debe ser y es absoluta, también rehabilitar la patria potestad en la persona de los progenitores¹⁰¹.

A nuestro juicio, tanto la patria potestad como la curatela son figuras igualmente protectoras, pero tratándose de una incapacitación destinada solamente a la administración del patrimonio, el Tribunal podría haber optado por la rehabilitación de la patria potestad para los progenitores y la curatela para los bienes. Además, la curatela podría haber sido requerida antes de la mayoría de edad, una vez se certifique que la enfermedad es congénita y irreversible. Lo cierto es que la adecuación y graduación de la figura de protección, por tratarse de un tema muy subjetivo, su aplicación a los casos concretos no es una tarea fácil y por esto se presentan tantas discrepancias entre la doctrina y la jurisprudencia.

Con respecto a la sentencia anteriormente expuesta, sobre la distinción de las figuras de la curatela y de la patria potestad conviene mencionar la opinión de la Dra. Cristina Guilarte MARTÍN CALERO:

“La patria potestad prorrogada comporta la guarda de la persona, la curatela no; la representación legal del incapacitado y la administración de sus bienes, la curatela no. Por ello, entiendo que ante una incapacitación que requiera, únicamente, la protección derivado del control y asistencia de la actividad económica del incapacitado, no procederá la rehabilitación de la patria potestad sino la constitución de la curatela. Por la misma razón, la modificación de aquella incapacitación que suponía la prorroga de patria potestad, sobrevenidas nuevas circunstancias que determinen una ampliación en la esfera de capacidad y la necesidad de una protección diversa, el juez que está obligado a determinar el órgano de guarda en atención a aquellos límites que él mismo fijó, no mantendrá la prórroga de la patria potestad sino que ordenará la constitución de la pertinente curatela.

¹⁰¹ Audiencia Provincial de Álava, Sentencia núm. 333/2010 de 29 junio. JUR 2010\409877.

En conclusión de lo expuesto hasta aquí, en primer lugar, el procedimiento al que hace referencia el artículo 212 del Código civil permite que, sobrevenidas nuevas circunstancias, se modifique el alcance de la incapacitación inicial y la variación del sistema de guarda, el cambio de la patria potestad, prorrogada o rehabilitada, por la curatela, en atención al mayor grado de discernimiento que presenta el incapacitado. En segundo lugar la sentencia que incapacite a un mayor de edad, soltero y que convive con sus padres, no puede rehabilitar la patria potestad, si la determinación de la extensión y los límites de la incapacitación son propios de la curatela”¹⁰².

Sin embargo, a nuestro criterio, la protección del menor es inherente a la patria potestad, independientemente de ser discapacitado o no y caso la minusvalía perdure después de la menor edad se adopta la tutela o la curatela, conforme el grado.

De forma semejante afirma Nacís NADAL I OLLER que: *“Es de advertir que, tratándose de menores el Código Civil conceptúa la petición de declaración de incapacidad como una facultad, podrá ser solicitada, dice, atribuible sólo a quien ejerza la patria potestad o la tutela. La razón es que la protección del menor está ya asegurada a través de la patria potestad o del tutor que ha podido ser nombrado al menos en sustitución del padre y de la madre desaparecida”¹⁰³.*

Por ende que, en casos de enfermedades permanentes y que se va a prolongar por toda la vida es deber del Estado buscar la protección del menor discapacitado. Pienso que, el proceso de incapacitación puede perfectamente ser instaurado solamente a partir de la mayoría de edad o con la patria potestad prorrogada, momento en el que la ley permite efectivamente la participación de actos jurídicos.

El Dr. Rodrigo BERCOVITZ, justifica el procedimiento de incapacitación de menores discapacitados de la siguiente forma:

“En primer lugar, además de los requisitos del artículo 200, es preciso que se presuma, como señala el precepto que se comenta, razonablemente, que la enfermedad se va a prolongar tras la mayoría de edad, concretándose temporalmente, de este modo, el carácter persistente de la dolencia, se trata de

¹⁰² GUILARTE MARTIN- CALERO, Cristina: La Curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable, Madrid, Ed. McGraw- Hill, pp. 236-237.

¹⁰³ OLLER NADAL, Nacís. (2009): *La incapacitación*, Barcelona, Ed. Bosch, p. 53.

una incapacitación ad cautelam, conforme (Gete Alonso). En segundo lugar, la incapacitación, siempre en interés del menor (o del incapaz) sólo puede ser solicitada por los titulares de la patria potestad (ant.art.205 y art. 757.4 LECiv). Finalmente, pese a que no se exige legalmente, parece razonable que se incapacite a los menores a partir de una determinada edad, no sólo por la propia virtualidad de la incapacitación – la de concretar los actos que el menor no pueda realizar – cuanto porque en relación a ciertas enfermedades no es fácil saber tempranamente si la enfermedad va a evolucionar o a persistir tras la mayoría (Parra Lucán)¹⁰⁴”.

A tal respecto, merece la pena exponer una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de noviembre de 2005 que en un recurso de apelación, cuya apelante es la madre de un menor que sufre de síndrome de Down y requiere su incapacitación y apelado el Ministerio fiscal.

La decisión en la primera instancia resuelve por la desestimación de la demanda formulada por la madre, alegando el Ministerio Fiscal que hasta que el menor no llegara a la mayoría de edad no resulta procedente decretar su incapacitación pues ya está representado por su progenitora que ostenta la patria potestad. Pero el Tribunal reformula la sentencia de primera instancia con base en los preceptos determinados en los artículos 201 del Código Civil y 759 - I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y decide por la incapacitación del menor el fallo expone: *“Lo más relevante a la hora de estimar o no una solicitud de incapacitación son los informes médicos y, en este caso, el Médico Forense, tras una detallada exposición de las preguntas que formuló al demandado y de las respuestas dadas por éste, concluye que “presenta un Síndrome de Down y una deficiencia mental media. Ambas son afecciones (enfermedades y deficiencias) persistentes que impiden de modo importante a la persona el gobierno de su persona y de modo muy importante el gobierno de sus bienes”.* A la vista de tales conclusiones no

¹⁰⁴ CANO RODRÍGUEZ BERCOVITZ, Rodrigo. (2009): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Aranzadip.349.

cabe duda de que concurre causa de incapacitación, conforme a lo establecido en el art. 200 del Código Civil y así debe ser declarado ”¹⁰⁵.

Delante de la legislación española el Tribunal descendió correctamente, no obstante nosotros sostenemos la falta de necesidad de esta medida antes de la mayoría.

Sobre la incapacitación de los menores, explica el Dr. BERCOVITZ: *“La sentencia judicial de incapacitación ha de fijar su extensión y límites, lo que implicará, genéricamente, la reducción de la capacidad de obrar del menor, que se proyectará en los actos del art. 164.II.3º y en la capacidad de trabajar. Por lo que se refiere al régimen de guarda, lo normal es que el menor quede sometido a la patria potestad que venía ya operando, la cual se prorroga automáticamente al llegar la mayoría. No obstante, puede suceder que sea la tutela el órgano de guarda elegido en los casos en que el menor ya estuviera bajo una tutela que se prorrogará también tras la mayoría de edad, art-278, cuando el juez priva o haya privado con anterioridad a los padres de la patria potestad, sobre la base de lo previsto en el art. 170 ”¹⁰⁶.*

Trataremos ahora brevemente sobre la patria potestad prorrogada y rehabilitada. El artículo 171 del Código Civil Español establece que: *“La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, (no se constituirá la tutela, sino que) se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título”.*

Y, continúa, fijando los límites de la patria potestad prorrogada terminará:

1º. Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

¹⁰⁵ Audiencia Provincial de Asturias. Sección 4ª, sentencia núm. 461/2004 de 12 de noviembre JUR 2005/30810. Recurso de apelación núm. 327/2004.

¹⁰⁶ CANO RODRÍGUEZ BERCOVITZ, Rodrigo. *Comentarios...op. cit.* p.350.

2º. Por la adopción del hijo.

3º. Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4º. Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

La patria potestad prorrogada terminará:

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

Sin embargo, este último párrafo limita los casos de nombramiento de tutores o curadores conforme lo preceptuado en el artículo 222 del C.C, y sobre esto conviene citar la opinión del notario Joaquín de la Cuesta y Aguilar que asegura que: *El único caso de tutela paterna es el de mayor de edad no casado, de vecindad civil común, que no conviva con los padres y que posteriormente deviene incapaz, sea por accidente, o enfermedad. Al haber sido antes plenamente capaz, salió ya de toda patria potestad, al haber tenido una residencia propia, procederá, siempre que se considere irreversible la emancipación por mayoría de edad, constituir la tutela de los padres. Pero el art. 171 del C.C no distingue entre incapacidad inicial y sobrevenida, poniendo como único requisito la convivencia, por lo que podemos considerar posible la rehabilitación de la patria potestad y excluir la constitución de tutela*¹⁰⁷.

Concordamos con el Notario. A nuestro entender conforme se estipula en la ley que únicamente será prorrogada la patria potestad en caso de que la incapacitación fuera posterior a la mayoría.

Conviene nuevamente citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 6 de Junio de 2000, que se pronuncia sobre una solicitud de pedido de una incapacitación y rehabilitación de la patria potestad de una persona mayor de edad, cuya causa de la minusvalía es oligofrenia. Los actores del pedido son los padres por la siguiente causa: solicitud de la incapacitación de la enferma por sufrir de una enfermedad persistente que la priva de discernimiento, y que los hermanos de la presunta incapaz sean tutores alegando

¹⁰⁷ DE LA CUESTA Y AGUILAR, Joaquín. (1994): La Tutela Familiar y Disposiciones a favor del menor e incapaz. Barcelona, Ed. Bosch, pág. 40.

que los padres no tienen salud para realizar los cuidados de la presunta incapaz por la edad avanzada y problemas físicos.

El Ministerio Fiscal como apelado defiende que el caso en estudio posee todos los prerequisites estipulados en el art. 171 del Código Civil, por lo tanto el nombramiento deberá recaer sobre los padres. El Tribunal entiende que es un caso típico de patria potestad prorrogada y argumenta de la siguiente manera:

“Centrado en dicho extremo la contienda planteada en esta alzada, la Sala entiende que el art. 171 del Código Civil que da una solución acertada y legal al asunto planteado en esta alzada, fue introducido en la redacción de la reforma de 1.981 y reformada en el año 1.983, ha introducido una situación novedosa y que ofrece una considerable utilidad la llamada "patria potestad prorrogada", encontrándose su fundamento en que siendo la patria potestad el poder tuitivo por excelencia, lógico y justo es que cuando llega la mayoría de edad, en el caso de incapacidad, si viviere el titular de la patria potestad, sea éste y ningún otro, quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encargado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses”. [Y decide que] (...) dicha incapaz convive con sus padres los actores D. Salvador F. M. y Dña. Bienvenida P. G., no encontrándose éstos incurso en causa de incapacidad, por lo que, por ministerio de ley, procede declarar rehabilitada la patria potestad de dichos padres sobre su hija soltera incapaz con los límites y parámetros señalados en la sentencia”¹⁰⁸.

Con relación a la prórroga de la patria potestad discrepamos de la decisión del Tribunal por las siguientes razones:

El artículo 251 del Código Civil determina cuales son las causas por las cuales pueden excusarse un cargo tutelar y por cierto también incluyen las situaciones de prórroga y rehabilitación de la patria potestad dentro de estas se encuentra la que indica que cuando por razones de edad o enfermedad sea imposible el ejercicio de la tutela, por lo tanto, los padres, para nosotros, estaban respaldados por la legislación, para excusarse tanto del cargo de tutor cuanto de la prórroga de la patria potestad. No obstante, no es

¹⁰⁸ AP – Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª). Sentencia núm. 257/2000 de 6 de Junio. JUR 2000/282699.

necesario estar incapacitado para excusarse de un cargo de tutor, los motivos o razones para hacerlo pueden estar encuadrados en el precepto legal, siendo el juez quien tiene que evaluar si el tutor reúne condiciones para satisfacer las exigencias del cargo y sí puede aceptar las atribuciones.

En realidad el desempeño del cargo de tutor es un deber, por lo tanto debe ser ejercido por aquellos que tienen los atributos y aptitudes para hacerlo, esto es, que estén en condiciones de desempeñar bien el cargo. Específicamente en el caso que nos ocupa, los padres no están en condiciones de asumir las obligaciones legales impuestas por el deber del cargo debido a su avanzada edad y los problemas de salud añadidos. Se comprende que no están desistiendo o abandonando las responsabilidades de la patria potestad, pero sus condiciones de salud no les permiten cumplir con las obligaciones del cargo de tutor, por esto la solicitud de que los hijos asumiesen la tutela de la enferma. De acuerdo con nuestro punto de vista el Tribunal podría ponderar tales explicaciones en el momento de la designación de la institución de guarda para la enferma.

Concerniente a ello señala LETE del RÍO que: *“la excusa no es necesario que haya surgido “ex novo”, sino que puede ser considerada como sobrevenida, que ya existía inicialmente y que, en función de la permanencia en el tiempo, ha dado lugar a que el ejercicio del cargo resulte excesivamente gravoso”*¹⁰⁹.

El Dr. Rodrigo BERCOVITZ, entiende que no puede haber excusa tratándose de personas jurídicas y en casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada¹¹⁰.

Efectivamente, como hemos expuesto, la incapacitación de menores aflora los intereses en juego, interrogantes y abundantes cuestionamientos que la jurisprudencia intenta aclarar. El debate es imprescindible, especialmente en lo que se refiere a salvaguardar objetivamente sus dimensiones jurídicas, sociales y familiares, así como los intereses de los niños e incapaces.

A continuación expondremos el procedimiento de esterilización en España, que valga la pena indicar, no existe en Brasil.

¹⁰⁹ *Apud.* CANO RODRÍGUEZ BERCOVITZ, Rodrigo. (2009): *Comentarios...op. cit.*, Ed. Aranzadi, p. 401.

¹¹⁰ *Idem*, p. 218.

1.5. Paternidad o maternidad responsable. Proceso de esterilización en España.

Es un tema discutible y polémico, que envuelve cuestiones culturales, religiosas y médicas a la misma vez, en algunos casos, todos convergen en buscar el mejor interés del incapaz y no apoyar una maternidad o paternidad insensata que sin duda va a afectar enormemente a terceros.

Conviene hacer un breve relato de la legalización sobre la esterilización en España. El Código Penal español de 1973 en su artículo 419 prohibía la esterilización y disponía que el castigo para la esterilización debiera ser la prisión mayor. Por su parte, la ley orgánica de 25 de junio de 1983 añadió un segundo párrafo al artículo 428, en el que se eximía de responsabilidad a los facultativos que practicasen la esterilización, tanto así que autorizaba la esterilización voluntaria. La ley orgánica de 5 de Julio de 1995 introdujo en el Código Penal el artículo 417 bis que consentía el aborto no punible.

La sociedad exigía cambios, ansiaba por una reforma legislativa que permitiese la despenalización de la esterilización. Como respuesta a las reivindicaciones fue aprobada la ley orgánica de 21 de Junio de 1989 de actualización del Código penal, que añadió un nuevo párrafo al art. 428, que despenalizaba la esterilización para los enfermos mentales.

Es importante transcribir aunque sean largas las ponderaciones de una sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de Julio de 1994, que trata de la alegación de inconstitucionalidad de este dispositivo legal¹¹¹:

1. *Respecto de la esterilización, que es lo que importa, y más específicamente de la mujer, la justificación de la misma hay que hallarla en la libertad, que constituye sin adjetivación alguna uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Nada impide, en el actual momento histórico que una*

¹¹¹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de Julio de 1994. (BOE, núm.197, de 18 de agosto de 1994) dictada ante el recurso interpuesto sobre el antiguo art. 428 del Código penal. En su redacción dada por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, por la que autoriza la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, comparado con el art. 15 de la Constitución Española.

mujer pueda renunciar voluntariamente a su capacidad generandi. Ni existe por parte de nadie el derecho a mutilar a una mujer, como es obvio, ni tampoco el derecho a imponerle la maternidad. En consecuencia, toda mujer puede renunciar a ella, ya sea de forma natural, utilizando desde la abstención sexual hasta cualquiera de los medios mecánicos que la técnica ofrece, ya mediante una intervención quirúrgica que provoque su esterilidad.

2. *Desde estas categorías socio-jurídicas, la cuestión aquí reside en si una mujer incapaz, que no puede prestar su consentimiento válido ni a la procreación ni a la agenesia provocada, puede ser objeto de manipulaciones médicas que conduzcan a su esterilidad. Siendo en todo caso necesario el consentimiento, el problema consiste en si tal consentimiento puede encontrar fórmulas sustitutorias. La pregunta no es otra que si la regulación del art. 428 tiene justificación, pues va en contra del principio general de que la esterilización tiene necesariamente que ir predicha del consentimiento válido de persona capaz, y si es proporcional al fin perseguido.*
3. *La despenalización de la esterilización en las condiciones legalmente previstas tiene como finalidad el mejorar las condiciones de vida del incapaz, siendo claro que entre la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para conseguirlo hay una necesaria proporcionalidad y además se cuenta con las garantías suficientes entre ellas la sustitución del consentimiento del afectado por la autorización judicial, además con la intervención de la familia, del juez, de los especialistas y del Ministerio Fiscal, suficientes para conducir a una resolución judicial son otra mira que el interés del incapaz.*
4. *En principio, si respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 CE), precepto éste que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971(“ El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”),*

habrá de concluirse que el inciso cuestionado del art. 428 del CP no plantea realmente un problema de posible vulneración del art. 15 CE en lo concerniente al derecho a la integridad física y moral - aunque ciertamente afecta a ese derecho- , sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del art. 428 de CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece al inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido.

5. *En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, declara que el párrafo segundo del art. 428 del Código Penal redactado según el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989 no es contrario a la constitución española.*

Ahora bien, el Artículo 156 del actual Código Penal Español establece:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

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. (Resaltado nuestro)

De este modo, los requisitos legales para la autorización de la esterilización son la previa petición del representante legal, inicio del proceso de incapacitación o a través de procedimiento de jurisdicción voluntaria. De igual forma, se necesita la verificación

de la grave deficiencia psíquica, en el que serán expuestos los motivos y la recomendación de los médicos, preferentemente de un ginecólogo que determine que la ligadura tubarica es el mejor método contraceptivo y que además valore el grado de incapacitación y por supuesto, si la incapaz tiene aptitud para elegir libremente sus relaciones sexuales y para asumir una maternidad responsable.

Sin duda, lo que más importa es el mejor beneficio para el incapaz y la preservación de su dignidad y su estabilidad mental. Es claro que la gravidez, como todos sabemos, es un estado de difícil adaptación para la mujer, ya que los cambios hormonales afectan enormemente todo el organismo femenino y la maternidad es evidente que es una obligación que no se puede trasponer a terceros.

Sobre ello conviene mencionar un interesante comentario de LETE del RÍO: *La razón es que, a veces, se argumenta por algunos autores que no debe tomarse en consideración el hecho de que el incapaz no esté en condiciones de hacerse cargo del hijo, por considerar que «ello no es necesario y pueden hacerlo otras personas o instituciones», con evidente olvido de la responsabilidad hacia una tercera persona: el posible hijo. Pues, como advierte SIMÓN LORDA, «el obligado respeto a la dignidad de las personas se traduce en la responsabilidad por procurar que antes de traer a alguien a este mundo se cumplan una serie de condiciones, tanto referidas a él como a su medio circundante, que le permitan desplegar una vida humanizada». Añade que: «quizás unos padres con una deficiencia mental incapacitante, aunque puedan crear vida biológica, no puedan satisfacer el resto de tales exigencias, y por eso puede ser legítimo impedirles la procreación». También recuerda este autor que: «alguien podría pensar que, si los padres no pueden, quizás la familia o la sociedad sí puedan», pero como bien dice «poder es una cosa y tener obligación es otra», y por ello termina afirmando que «parece comprensible que los representantes legales de los incapacitados y los de la sociedad en conjunto —los jueces— sean los que decidan donde termina una cosa y comienza otra»¹¹².*

Corroboramos el posicionamiento del supra citado autor, realmente nadie tiene obligación de cuidar de los hijos de otros, aunque por razones otras quiera sea religiosas

¹¹² LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *La esterilización del deficiente psíquico*, en *La Protección Jurídica del Discapacitado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, PP 43 y 44.

o morales los responsables por los discapacitados no deseen suminístralo a un procedimiento de esterilización, para mí, al fin y al cabo la responsabilidad en la creación del niño no se quedará solamente en el seno de los familiares o terceros el compromiso será trasferida también a la sociedad.

Un ejemplo ya referido con anterioridad es el caso de una incapacitada de 25 años que tuvo un hijo de una relación que duró tres meses, actualmente reside con sus padres, quienes se hacen cargo del niño. Todavía no tiene consciencia del significado de la maternidad tampoco de sus obligaciones para con el niño. así como tampoco la tiene su novio, teniendo un riesgo muy grande de embarazarse nuevamente. La solicitud para la esterilización fue hecha por sus padres, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria de fecha de 05 - 03 - 2010, según el informe médico: *la incapacitada carece del control necesario sobre su apetito sexual y es incapaz de comprender el significado de la procreación y de la maternidad por lo que carece de aptitud necesaria para formar una familia haciéndose conveniente la esterilización pretendida, cumpliéndose por tanto los requisitos exigidos en el artículo 156 del Código Civil.*

En el acta de exploración por el juzgado queda claro que la enferma presenta un sentimiento obsesivo en relación al sexo, y conforme al informe mental del médico forense, expuesto que a los 19 años se marchó a trabajar con unos feriantes, quedando embarazada. Que de su hijo se ocupa fundamentalmente su madre, asegura que: *su madre es quien le lleva al médico cuando está malito. Ella lleva al niño al colegio y le va a buscar, pero siempre acompañada de su madre, ella sola no se atreve. Refiere ser ella quien solicita la esterilización. En cuanto a la posibilidad de cambiar de decisión en el futuro, lo niega en completamente, aunque sin fundamentarlo de ninguna manera. A los 18 años quedó embarazada porque veía “todas” tenían niños y por esa razón se decidió. Fue un embarazo deseado, aunque ella lo había planeado para varios años después. Manifiesta que un día llegó su novio borracho y ella no sabía que de esa relación podía quedar embarazada.*

En la exploración psíquica, concluye: *El lenguaje es accesible y coherente, pero los razonamientos son pueriles. El humor básico es predominantemente alegre, aunque reconoce ser impulsiva. Su capacidad para tomar decisiones de importancia en relación a su hijo es muy limitada. Precisa de ayuda y apoyo para todas las decisiones*

que pudieran tener repercusión o incidencia en el crecimiento y desarrollo, salud, educación del hijo. La inteligencia se valora por debajo del límite de la normalidad. Las consideraciones y valoraciones forenses concluyen: De la exploración realizada podemos decir que se trata de una persona con una capacidad cognitiva descendida, acompañada de cierta impulsividad y una personalidad infantil. Su capacidad para asumir de forma consciente y responsable la maternidad y el posterior cuidado del niño, es muy inferior a lo normal, no siendo capaz de responsabilizarse por sí sola del cuidado del niño.

Por fin decide el juez conceder la autorización para proceder la esterilización¹¹³.

En la realidad lo que se observa es que los hijos de personas discapacitadas no son creados por los legítimos padres, generalmente alguien de la familia se encarga de sus creación. A nuestro juicio, en estos casos hay una seria carencia que puede afectar la personalidad de los niños que son hijos de deficientes mentales, lo cierto es que se inclinaran a seguir los pasos de aquellos que los instruyó, sin tener por referencia sus propios padres, esto cuando no son abandonados y escogidos por el Estado.

Consonante se evitar la trasposición de obligaciones, soy favorable a la esterilización como medida de protección para los enfermos mentales, quizá no se encuentran en condiciones de se autogobernaren.

Otro caso que vale citar sobre una decisión de esterilización de una menor, en la que los padres solicitan, con base en la recomendación del Servicio de Ginecología que se practique la ligadura tubárica bilateral por laparoscopia. Los Servicios Sociales de Castilla y León – Centro Base de Atención a Personas con Discapacidad dispuso que la menor tenía grado de discapacidad en 100% y la movilidad reducida en 8 puntos, en el reconocimiento judicial de la menor se muestra: *Ella no habla, solo algún monosílabo, utiliza lenguaje de signos y nos valemos de su hermana para entendernos, indica con los dedos que tiene 17 años, va al colegio, no tiene novio ni le gusta ningún menor, no les gustan nada los bebés, no les quiere nada, no le gusta jugar con ellos.*

¹¹³ Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General núm. 0001301/2009, Juzgado de 1ª Instancia nº 008 de Salamanca, Auto nº 84/2010 de cinco de marzo de 2010.

En el informe pericial, la exploración psíquica concluye: grado de colaboración - deficiente; atención y concentración - aislada; pensamiento y lenguaje - alterado. Contesta con lenguaje de signos. Consciencia de su situación actual mental - alterada. No es consciente de su situación. Control de los impulsos – alterada, en ocasiones no controla los impulsos. Por último, estima necesario autorizar la esterilización para control el de maternidad.

En este caso, el Ministerio Fiscal no se opone a la esterilización. En conclusión el auto en su razonamiento jurídico, menciona: *“El precepto exige garantías para que la concesión de la autorización judicial a la esterilización está presidida por el interés del incapaz, que es prioritario, cuales son la petición del representante legal, la verificación de la grave deficiencia psíquica a través de los dictámenes de especialistas y la propia exploración judicial del incapaz así como la intervención del Ministerio Fiscal. En la prueba practicada resulta que la menor padece un diagnóstico compatible con retraso mental moderado y trastorno del habla, que le impide comprender el alcance de las relaciones sexuales, la procreación y el ejercicio de la maternidad responsable, que tiene diecisiete años, está desarrollada físicamente con características morfológicas sexuales diferenciadas y sin anomalías que impidan un embarazo. Dado su padecimiento, carece de control inhibitorio de la posible atracción al sexo contrario y las técnicas educativas son inviables”*¹¹⁴.

A nuestro juicio, la decisión judicial arriba citada es coherente y precavida y sin duda ninguna busca la protección de la incapaz. En efecto delante de los prerequisites fundamentales que son: La averiguación de la grave deficiencia mental irreversible, que le torne inconsciente de su realidad, La exploración del deficiente por un psiquiatra especialista en la enfermedad. Estimamos que es obligación del Estado interceder a fin de evitar el agravamiento de la enfermedad, el rechazo de la cría y posible abandono del hijo.

En nuestro criterio ante estas dos condiciones y ante el parecer del médico ginecólogo que indicará cual es el método contraceptivo mejor, se puede con prudencia autorizar una esterilización.

¹¹⁴ Proceso de Jurisdicción Voluntaria. General 0000677/2011 7, Auto núm. 205/2011, 25 de mayo de 2011, juzgado de primera Instancia núm. 8 de Salamanca.

De tan complejo dilema se ha encargado una sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 4 de Julio de 2006, en la que el juzgado de primera instancia desestimó el pedido de esterilización solicitado por la Fundación Privada Catalana Tutelar de Discapacitados Psíquicos. Apelado en esa oportunidad, el Ministerio Fiscal representando a la incapaz. Se trata de una solicitud de esterilización de una incapaz que sufre de la enfermedad psíquica de *border-line* y que está bajo la tutela de la sobredicha Fundación. El médico forense expresa en su dictamen: *"El nivel intelectual de la reconocida es border-line, con defecto leve en la exploración directa. No existen trastornos delirantes de pensamiento ni predisposiciones. No se detectan alteraciones psicopatológicas compatibles con alteraciones de la esfera psicótica, sabe lo que quiere y tiene conciencia de sí misma y voluntad conservada"*.

Con relación al aspecto sexual y el pedido de la aplicación de un método contraceptivo, según el propio perito judicial la enferma tiene pleno conocimiento de los distintos métodos anticonceptivos existentes y aunque desea tener un hijo con su pareja actual, como ha manifestado no tiene inconveniente en seguir el tratamiento anticonceptivo si el ginecológico se lo ordena; también el ginecólogo habitual de la incapaz, ha testificado ante el Tribunal, que todas las explicaciones que él da la enferma las entiende perfectamente, que no la ve incapaz para ser madre y que el motivo de suspensión del método anticonceptivo pautado a través de una inyección mensual fue en principio debido a un problema de distribución del fármaco y luego porque ella le comentó que deseaba tener una menstruación normal, cosa que no es viable con la toma de dicho método anticonceptivo, y, de otra parte, que al tratarse de una paciente muy obesa, aparte de que la esterilización, como método anticonceptivo, en este supuesto no la considera adecuada, la intervención quirúrgica, por dicha circunstancia, implica mayor riesgo, por lo que él estima, que, caso de que precisase algún método anticonceptivo, el aconsejable y el idóneo para ella sería el colocarle un "DIU".

El Tribunal argumenta: que la enferma fuera y que según declarada incapaz, el correspondiente proceso tal persona por razón de la minusvalía psíquica que padece es totalmente incapaz para gobernar su persona y bienes, no se encuentra en condiciones de cuidarse a sí misma, entonces se es así e advierte que la fecundidad no se reduce a la procreación, sino que ha de extenderse también a la educación moral y espiritual de los

hijos y siendo ésta una labor que exige toda la atención y amor de los padres, resulta de imposible cumplimiento para quien, desgraciadamente, no se halla en condiciones de poner tal atención.

Finalmente decide el Tribunal que según todos los dictámenes médicos en el presente expediente, se trata de una persona apta para entender todo lo relativo a su sexualidad, de otro modo realmente ha mostrado su firme deseo de tener un hijo con su actual pareja que como se reseñó, deniega la autorización para proceder a la esterilización de la incapaz y desestima el recurso y decide que delante del caso es conveniente en que le pongan un "DIU"¹¹⁵.

Es acertado el raciocinio del Tribunal porque debe ser aplicado el método contraceptivo más adecuado a cada enfermedad y conforme el grado de tal enfermedad.

La decisión en emplear el medio contraceptivo más adecuado a los enfermos mentales que no tengan discernimientos de sus actos es un tema que ciertamente no se agota en una tesis. La paternidad o maternidad responsable empieza con la concienciación sobre las consecuencias que pueden venir de una relación sexual. Cuando estas personas padecen una grave enfermedad psíquica, lo que actúan son los instintos primarios y que deviene de la falta de equilibrio. La capacidad para elegir y decidir de modo libre y responsable está disminuida o ausente en los discapacitados por causa psíquica, por eso el poder público tiene el deber de protección al asumir la decisión sobre su incapacidad de reproducción.

De acuerdo con nuestro punto de vista, el embarazo de un incapaz psíquico sin discernimiento es un asunto traumático para toda una familia porque genera un sentimiento de frustración, impotencia y de cierta incertidumbre sobre lo que será lo mejor para el incapaz y para el futuro ser. El repudio al niño antes del nacimiento genera en muchos casos abortos que efectivamente son aún más traumáticos que la propia esterilización o el nacimiento y sus derivaciones con todas las incertidumbres sobre el futuro de una criatura mediante la falta de capacidad de los padres.

¹¹⁵ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Auto núm. 167/2006 de 4 julio.

Pensamos que la legalización del proceso de esterilización no significa la aplicación de los métodos anticonceptivos para los enfermos mentales irreversibles mediante la intervención del poder judicial, no significa la represión al derecho a la maternidad o paternidad. Solo significa a nuestro juicio tan sólo una precaución; tampoco con ello, para nosotros, no se quiere decir que en todos los casos en que haya precedido una declaración de incapacidad de un enfermo mental irreversible, procederá la autorización para la intervención quirúrgica que conduzca a la esterilización, sino que todos y cada caso deberá ser examinado con cautela, pero siempre y cuando el ejercicio de tal derecho no resulte al tiempo perjudicial para el progenitor y para el ser que se va originar.

Definitivamente la legalización y el procedimiento de esterilización no se trata de una decisión coercitiva, porque la deficiencia no es sinónimo de fracaso, tampoco de deshonor y muchas personas minusválidas pueden perfectamente tener éxito como padres o madres. Todavía la relación sexual es un acto que puede traer consecuencias perdurables que tal vez la deficiencia no los haga tener prudencia de este acto, a mi modesto juicio, es un asunto que debe ser ponderado y reflexionado por los gobiernos siendo necesario el mínimo de responsabilidad y autocontrol, características que estos enfermos lamentablemente no ostentan.

En el Capítulo siguiente señalamos un relato histórico de las figuras de guarda desde su origen hasta la actualidad.

CAPÍTULO II

RELATO HISTÓRICOS DE LA TUTELA Y DE LA CURATELA.

En este Capítulo señalamos un relato histórico desde el Derecho Romano hasta nuestros días, sobre los cambios a lo largo del tiempo en las reglamentaciones de las figuras de protección sobre las que versa el trabajo doctoral. Sigue un curso más o menos histórico de la emergencia y evolución de las figuras jurídicas que aquí se tratan, aunque no cronológico. Trata de poner de relevancia más que las circunstancias históricas de su devenir, su conformación a lo largo del tiempo hasta tomar el cuerpo o contenido jurídico similar al que conocemos en nuestros días para ambas figuras. En consecuencia, más que su rigor histórico nos interesa su configuración y fundamentación jurídica. Veremos cómo, tratándose de instituciones del derecho civil cuyos orígenes sobrepasan el marco histórico contemporáneo, han sobrevivido a distintos contextos geo/históricos y no dejan de mostrar su fecundidad reguladora de situaciones excepcionales del cuidado y la protección que ocurren normalmente bajo el regazo de la familia. Aunque corre también el riesgo, para el caso brasileño, de desvirtuarse su naturaleza, afectando con ello su fundamentación y vigencia por eventos sociales que presionan sus aprovechamientos desplazando así su espacio tradicional de actuación.

Ajustamos la exposición de acuerdo con cuatro hitos, a saber: por un lado, el derecho romano y Las Partidas, por la importancia y trascendencia histórica, así como por la fundamentación de una doctrina cuyo alcance aún se desliza hasta nuestros días; y, por otro lado, la legislación contemporánea española y el Código Civil Brasileño. En el primer caso, por la influencia de la tradición y doctrina jurídica hispana en la conformación de las instituciones homólogas en Latinoamérica, y en el segundo caso, por razones obvias de la nacionalidad de quien realiza este trabajo, además de la pretensión comparada de estas dos últimas.

2.1. Concepto y características de las figuras de guarda en el Derecho Romano.

En Roma, la familia agnaticia¹¹⁶ estaba constituida por un grupo de personas sujetas al poder domestico de un jefe, el *paterfamilias*.

El *paterfamilias* era en si mismo una institución de profundo arraigo dentro de la sociedad romana. De naturaleza genuinamente jurídico-política, detentaba un poder

¹¹⁶ *agnado, da.* (Del lat. *agnātus*, *part. pas. de agnasci*, *nacer cerca*). 1. *adj. Der.* Se dice del pariente por consanguinidad respecto de otro, cuando ambos descienden de un tronco común de varón en varón. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª edición.

centralizador y delimitador. Se trataba de una entidad vasta y compleja que abarcaba una pluralidad de sujetos bajo la autoridad del *pater*. “El lazo que sirve de aglutinante no es el biológico, sino que está constituido por la idea netamente jurídica de autoridad, de sujeción a una jefatura”¹¹⁷.

De acuerdo con la definición de familia romana de ALEJANDRO DE GUZMÁN: “Esta unidad jurídica determina una estricta unidad patrimonial; sólo el *pater* es titular del dominio, de derechos reales y de créditos y deudas, sus dependientes disponen de capacidad de ejercicio, sentido en el cual vienen a ser como órganos vivientes suyos, pero cuando quieran entre vivos o por causa de muerte lo adquieren para su jefe y no pueden obligarlo. Desde un punto de vista social, pues, la familia *proprio iures* constituye lo que podríamos denominar una unidad económica”¹¹⁸.

En el derecho romano preclásico, el ciudadano libre no sujeto a la potestad de otro, se conocía como *sui iuris*. Esta expresión designaba que la persona tenía derecho sobre sí misma y no dependía de nadie porque cumplía con los tres status siguientes: *el libertatis, civitatis y familiae*. Con todo, había personas que eran sometidas a otro pues necesitaban tener complementada su capacidad de gozo, los llamados *alieni iuris*, entre éstos se incluía a las siguientes personas: las mujeres, los menores impúberes, los pródigos, los que se encontraban bajo estado de trastorno mental o locos en el lenguaje vulgar.

Estas personas eran libres y *sui iuris*, pero necesitaban estar representadas en cuanto eran titulares de derechos y obligaciones, pues estaban consideradas incapaces para postular personalmente, por lo que emergen así las figuras de *protección, Tutela y cura o Curatela*. La primera de ellas dio cobertura en toda la época del imperio romano a los impúberes, llamados *pupillus*, y a las mujeres cualquiera que fuese su edad. A éstas últimas, más por razones políticas que fundadas en alguna razón biológica o de justicia. Según cita Álvaro D’ORS: “Los ascendientes pueden dar en su testamento tutores a los descendientes que tienen bajo su potestad: a los impúberes del sexo masculino y a las impúberas o púberas, incluso casadas, del sexo femenino. Pues los

¹¹⁷ ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. (1997): *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, p. 727. Este autor expone que podrían en el derecho romano unirse a la familia personas que no tenían vínculo de sangre, por ejemplo, el adoptado; sin embargo, un hijo legítimo que fuera emancipado no pertenece más a la familia que nació, pierde el vínculo biológico con la familia.

¹¹⁸ BRITO GUZMÁN, Alejandro. (1996): *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, p. 290.

antiguos quisieran que las mujeres ya mayores de edad estén en Tutela por razón de su ligereza”¹¹⁹.

La Curatela, por otra parte, se destinaba a los llamados *locos* y a los pródigos y su finalidad era la protección patrimonial. Nótese, sin embargo, que las dos instituciones —Tutela y Curatela— pretendían solamente la conservación de los bienes de la familia.

Cristina MARTÍN CALERO expone que: “...era el magistrado el que, en presencia de los parientes del impúber, designaba a la persona encargada de educarlo (madre normalmente) fijando una cantidad para ello, y que el tutor encontraba reducida su función respecto a la persona del menor a la vigilancia y pago de la pensión fijada por el magistrado”¹²⁰.

Conforme hemos señalado en líneas anteriores, la doctrina dominante¹²¹ —nos referimos fundamentalmente a: ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, PEDRO BONFANTE Y EUSEBIO DÍAZ— expone que en este periodo, tanto la Tutela como la Curatela, adoptaron un carácter eminentemente patrimonial y pecuniario. El cuidado para con la persona adquiriría cada vez menos importancia, a raíz de lo cual las personas bajo Tutela o Curatela no se quedaban a cargo de los tutores o curadores, sino de algún miembro de la *familia*. Para BONFANTE: “la capacidad de adquisición de la persona sujeta no está, sin embargo, absorbida por la Tutela y por la Curatela, como, según los puros principios romanos, sucede por la patria potestad”¹²².

De entre las diversas razones existentes para la adopción de la Tutela y Curatela, la gran mayoría de la doctrina entre ellos ÁLVARO D’ORS y BONFANTE, afirman que, efectivamente, en el derecho romano la prioridad era la protección del patrimonio en función de los intereses del tutor más que del pupilo, porque aquello tenía por obligación resguardar la herencia para que no sufriera dilapidaciones. Posteriormente, la Tutela y la Curatela tenderían a la característica tuitiva o de protección.

¹¹⁹ *Apud.* PEIX, PÉREZ D’ORS, Álvaro. (1943): *Instituciones de Gayo*, texto latino traducido, Madrid, 1943, p.35.

¹²⁰ CALERO MARTÍN GUILARTE, Cristina. (1997): *La Curatela en el Nuevo Sistema de Capacidad Graduable*, Madrid, Ed. McGraw Hill p. 11-12.

¹²² BONFANTE, Pedro y otros. (1979): *Instituciones de Derecho privado*, Ed. Reus, p. 216.

Menciona el Dr. EUSEBIO DÍAZ que: *“Los caracteres de la Tutela variaron con las épocas; por esto fue en la primera un deber a la vez que un derecho gentilicio, en la clásica y en la nueva una carga de la ciudadanía, siempre una función obligatoria y más o menos reglada por el Estado, según la fuerza que las costumbres alcanzaron para encauzarla en derecho”*. En consecuencia, expone, sobre la evolución de la institución de la Tutela: *“Las fases de su evolución corren parejas con las de la sociedad romana: de ahí que su organización antigua fuese encaminada más bien a vigilar los bienes del impúber o la mujer, que sus mismas personas; que después se buscara también el dirigirlos en evitación de fraudes o nulidades en los actos jurídicos; que los clásicos relegaran la auctoritas a la Tutela de mujeres y se suplantaran en los menores de la pubertad por la gestión de negocios que comprendía primordialmente la bonorum administratio, cual acaece en el Derecho Justiniano”*¹²³.

En este sentido, concluye Max KASER del siguiente modo: *“Mientras en la actualidad la capacidad jurídica es concebida de modo unitario sobre la base de la libertad y de la igualdad de todos los hombres ante la ley, los romanos a la pregunta de cuáles son los derechos que competen a cada individuo, contestan considerando ciertos grupos de hombres”*¹²⁴.

De acuerdo con BONFANTE, hay una diferencia entre ambas instituciones, la cual es fundamental y que se explica a continuación: *“El carácter genuinamente patrimonial que ofrece la Curatela en antítesis a la Tutela, cuyo momento típico es siempre la auctoritas tutoris que integra la personalidad del pupilo, mucho más que la gestión patrimonial, explica el conocido y equívoco proverbio: tutor datur personae, curator rei. Pero la evolución jurídica consiguió casi asimilar y confundir, poco a poco, la Tutela y la Curatela”*¹²⁵.

Como mencionamos anteriormente, el tutor o el curador era, probablemente, heredero *ab intestato* de las personas que estaban bajo su Tutela o Curatela y, al ejercer estas funciones, estaba efectivamente velando por su propio patrimonio futuro. En caso de muerte del pupilo durante la Tutela o Curatela, actuaba en interés propio, pero ésta situación fue cambiando con el advenimiento de la República. Para D’ORS: *“en*

¹²³ DÍAZ, Eusebio. (1946): *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Horta, p. 407.

¹²⁴ KASER, Max. (1982): *Derecho Romano Privado*. Por: TEIJEIRO, José Santa Cruz, Ed. Reus, 1982, Pág. 70.

¹²⁵ BONFANTE, Pedro y otros. (1979): *Instituciones...*, op. cit., p.120.

principio, esa defensa del patrimonio podía entenderse también en el sentido de que el tutor defendía sus propios intereses, pues era el posible heredero de aquel patrimonio, pero la transformación de la Tutela a causa de la intervención pública tiende a eliminar este aspecto egoísta de la institución para convertirla en un deber (officium) o carga pública (munus) que recae sobre el que es nombrado tutor”¹²⁶.

¹²⁶ PEIX PÉREZ D’ORS, Álvaro. ob.cit, p.379.

2.1.1. Configuración de la Tutela:

SERVIO Sulpicio Rufo define la Tutela de la siguiente manera: “*Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civil data ac permissa*”¹²⁷.

Así, para los romanos la Tutela estaba destinada a la defensa de los huérfanos y de las mujeres, pues los romanos alegaban semejanzas entre la debilidad que se tiene a una corta edad con el comportamiento femenino. De acuerdo con Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: “*La Tutela es una institución tan antigua, que la testamentaria data de tiempo de Anco Marcio, el primero que dio tutor a sus hijos, si se ha de creer a Tito Livio, aunque la mejor prueba de su antigüedad es verla establecida por la ley decenviral, pater familia uti legassit*”¹²⁸.

Se trataba pues de una obligación, considerada como la posibilidad de garantizar los intereses patrimoniales familiares a través del cargo Tutelar, bien sea través de una opción del padre, por el testamento, por la ley o por el juez era clasificada como: testamentaria, legítima y dativa.

- Clases de Tutela. Impúberes:

a) Testamentaria, límites a la capacidad del pupilo.

La Tutela testamentaria es la referida en el acto civil de última voluntad del *paterfamilias* y se prefiere ante todas las demás. Generalmente el *paterfamilias* tenía el poder o el derecho de designar en su testamento o legado a una persona, obligatoriamente un varón o varios varones que, tras su muerte, asumían el cargo de tutor de su hijo o hija impúberes.

La sociedad romana era culturalmente viril o varonil y por ese motivo las mujeres no podían ser tutoras, sino que vivían bajo la Tutela de otra persona.

¹²⁷ PEIX, PÉREZ D'ORS, Álvaro, y otros. (1972): *El Digesto de Justiniano*, Ed. Aranzadi, Tomo II, Libro XXVI, Título I “Sobre las Tutelas”, Párrafo I. p. 203.

¹²⁸ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Benedito. (1871): *Códigos sobre el Derecho Civil Español*, Madrid, 3º Edición, tomo I, p.706.

Ulteriormente, la legislación posclásica admitió que fueran tutoras debido a la influencia helenística. Para ejemplificar tales consideraciones el autor Max KASER nos explica: *“Diversamente de la Tutela impuberum, la Tutela mulierum, es una institución creada en interés egoísta del tutor, aunque éste no sea el heredero más próximo de la mujer. En derecho clásico, el poder originario del tutor sobre la persona y el patrimonio había desaparecido desde largo tiempo y también la gestión de negocios por cuenta de la mujer. La mujer administra ya su patrimonio y, por tanto, no alcanza a su tutor responsabilidad alguna (Gayo I, 191 y sigs.). Su función consiste ahora únicamente en prestar su auctoritas en determinados negocios jurídicos. Los pretores en la época clásica, pueden obligar a prestarla al tutor renitente”*¹²⁹.

Es interesante enfatizar la postura del Dr. Eusebio DÍAZ, sobre el tema: *“Antiguamente, sólo el genitor con potestad podía hacer el nombramiento: en las instituciones se recorre este concepto, pero la práctica lo rectificaba con frecuencia. En efecto, la consideración de la Tutela en general, ya no era tanto de algo que beneficiaba primordialmente la familia del pupilo, como una institución social de ayuda a la niñez: no se reputó su naturaleza en el bajo imperio un atributo póstumo de la patria potestad, y de ahí que no sólo el padre, sino la madre, la abuela y hasta un extraño, llegaran a designar tutor testamentario si instituían heredero al menor”*¹³⁰.

La razón de la designación de una persona como tutor testamentario era la preservación de los bienes pertenecientes a la familia del menor. La Tutela era una institución eminentemente patrimonial, conforme hemos señalado previamente. Las XII Tablas disponen sobre ello que: *“cuando se legase sobre cosa propia, eso valía como derecho”*¹³¹.

Nótese que hay una gran correspondencia entre la Tutela testamentaria y la Herencia en el derecho romano, pues, en la ausencia del tutor testamentario, las XII Tablas llamaron a desempeñar la Tutela a aquellas personas que heredasen *abintestato*. El testamento tenía una gran importancia y la Tutela estaba íntimamente ligada al derecho sucesorio; así, el tutor, con la muerte del *paterfamilias*, asumía la posición de jefe de familia con la responsabilidad de mantener íntegra la sociedad familiar en sus costumbres. Se trataba indudablemente de un cargo que denotaba confianza por parte

¹²⁹ KASER MAX. Derecho Romano Privado, *op. cit.*, p. 293.

¹³⁰ DÍAZ, Eusebio. *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 411.

¹³¹ RASCÓN GARCÍA, César. (2003): *Ley de las XII tablas*, Madrid, Ed. Tecnos, p. VI, 10.

del *paterfamilias* en el nombramiento de éste. La designación de un varón como tutor testamentario constituía un motivo de honor porque éste se suponía que era una persona que tenía confianza con el testador y, obligatoriamente, tenía que auxiliar al menor en todos los actos jurídicos bajo condición de nulidad. Estos tutores, generalmente, pertenecían a la propia *gens*.

BONFANTE así lo corrobora cuando afirma: “...la Tutela del impúber se ha transformado en una mera institución de protección y viene a ser un oficio oneroso (*onus Tutelae*), además, público (*manus publicum*), por la asidua injerencia del Estado al atribuir este oficio y vigilar su gestión”. Asimismo, señala que “...la jurisprudencia romana dice que es posible que se haya alcanzado el concepto de Tutela testamentaria por intermedio de la sustitución pupilar, o sea, era la designación por el padre de un heredero para su hijo impúber bajo la condición de que éste muera antes de llegar a la pubertad, su función era evitar que el menor muera intestado, de ese heredero se dice ser sustituto pupilar del impúber”¹³².

El pupilo, aunque sometido a la Tutela, era el titular de derechos reales, por lo tanto en la Tutela impúberes, dependiendo de la edad, podría haber una sustitución total de la capacidad del pupilo o simplemente un complemento a su capacidad de actuar, según los actos a realizar. Lo podía ser a través de la *auctoritatis interpositio*, que consistía en una mera asistencia del tutor a los actos jurídicos practicados por el pupilo en el período de la infancia mayor (mayores de siete años), pero el tutor tenía que prestar su autorización; no interfería en la voluntad del menor, no obstante, debía estar presente obligatoriamente en el momento del acto. Para ejemplificar Alejandro GUZMÁN BRITO, nos aclara: “Con esta autorización, el pupilo *infans maior*, puede celebrar cualquier acto jurídico para el cual, por cierto, no se requiera la pubertad (como es el caso del testamento); pero los celebrados por él sin autorización, y que impliquen un gravamen para el pupilo, no valen, aunque a su gravamen corresponda un contragravamen de la parte; en tal caso no se obliga el pupilo, pero sí la contraparte”¹³³.

En ello, se concedía una cierta autonomía al pupilo para guiarse, mediante la autorización del tutor, en el momento de llevar a cabo ciertos actos, en el ya citado

¹³² BONFANTE, Pedro y otros. *op., cit.* p. 221.

¹³³ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *op., cit.* p. 388.

período de la *infans maior*. Por lo tanto, podía renunciar a derechos, adición de una herencia, o hasta practicar la manumisión de esclavos. Como afirma Eusebio DÍAZ: “*Sus ventajas eran manifiestas, ya en el pupilo, que podía así concluir actos personales, ya en el tutor, que eludía por ellas las consecuencias: pero tenía como inconvenientes la imposibilidad de comparecer que había en el infante (infans qui fari non potest), como igualmente acaecía al ausente*”¹³⁴.

Conforme ya hemos señalado anteriormente, sin duda el Derecho Romano impulsaba una tendencia de protección de los minusválidos, destinada a sus patrimonios y no a su persona. En este contexto, resolvió Ulpiano declarar que, en los contratos de compraventa, mandato y otras relaciones obligatorias bilaterales celebrados por el impúber sin la *auctoritas tutoris* y que acarrearán desventaja patrimonial al menor, en estos no podrían los menores tener perjuicio, sino que todo lo contrario, los efectos les serían favorables y podrían ser invalidados por el Pretor¹³⁵.

No obstante, si el impúber pertenecía a la primera infancia (menor de siete años) no tenía ninguna capacidad de disentir. Efectivamente, el tutor podía asumir obligaciones en nombre propio como si fuera en nombre del pupilo y podía adquirir la propiedad de la cosa, ser acreedor o deudor, adquirir el *dominio bonitario* de los bienes, y enajenar por derecho pretorio bienes del pupilo, es decir, practicar actos en nombre del propio a través de *negotiorum gestio*.

En estos casos, señala ARIAS RAMOS: “*No podía decirse que el tutor fuese un verdadero representante del pupilo, porque lo realizaba el acto en nombre de éste, sino en el nombre propio, aunque por cuenta del sometido a Tutela*”¹³⁶.

Es necesario destacar un aspecto importante, pues por lo expuesto se deduce que en el derecho romano se contemplaban dos clases de representación, la indirecta y la directa. En la clase de representación indirecta, las consecuencias del acto se producían en el representante y no en el representado. Ello cristalizó en la Tutela con *gestio*, es decir, que el tutor adquiría para él, porque era él el representante. Tomando en consideración el posible perjuicio del pupilo, el tutor, al rendir la cuenta correspondiente

¹³⁴ DÍAZ, Eusebio. *op. cit.*, p.425.

¹³⁵ PEIX PÉREZ D'ORS, Álvaro. *El digesto de Justiniano/versión castellana*, Ed. Pamplona, 1968 -1975, ULPINIANO 19, 1, 13, 29, p.6.

¹³⁶ ARIAS BONET y ARIAS RAMOS. *op. cit.* 786.

y terminada la Tutela, debía transmitirle al pupilo los derechos adquiridos. Por esta razón, la rendición de cuentas se hacía en la *gestio* y no en la *auctoritas*.

Sobre la rendición de cuentas en el Derecho Romano advierte la Dra. Eva MARTÍNEZ GALLEGO: “*La Radditio Rationum, por su parte, comprendía, sustancialmente, todo lo concerniente al gestor en el desenvolvimiento de la gestión: restitución del activo, la rendición de cuentas, la exhibición y entrega de los documentos de la gestión. En definitiva, las operaciones de cuenta representaban, por derecho propio, una modalidad de otra obligación fundamental que era la restitución del activo. El gestor no podía rendir las razones sin hacerlo también de la actividad, configurándose la restitución del activo como presupuesto necesario del rendiconto, es decir, como un método de restitución*”¹³⁷.

Con relación al patrimonio del pupilo, el tutor tenía su capacidad de actuación limitada, ya sea por el padre o por la ley, pues como afirma Alejandro GUZMÁN: “*el tutor no puede donar bienes pupilares, salvo hacer regalos de ocasión autorizados por las costumbres, en virtud de una oratio severi quedaron prohibidas la enajenación y la pignoración de predios rústicos y suburbanos del pupilo, salvo si su pater ordenó o autorizó la enajenación en el testamento, o si se trata de venderlos para pagar deudas o de pignorarlos para garantizar deudas anteriores (no para contraer otras nuevas), pero en este caso previa autorización del pretor urbano*”¹³⁸.

Este tipo de Tutela, en principio, admitía excusas a través de la *abicatio Tutelae*; posteriormente se tornó un cargo público y obligatorio.

b) Tutela Legítima:

Este tipo de Tutela se encuentra regulada en la Ley de las XII Tablas, que dispone lo siguiente: “*Los Agnados son tutores de aquellos a quienes no se haya dado un tutor en testamento para el impúber*”¹³⁹. Así, se instituía cuando el padre del

¹³⁷ GALLEGO MARTÍNEZ, E., M. (2003): *La rendición de cuentas con especial examen en la Tutela*, Madrid, Ed. DYKINSON, p. 28.

¹³⁸ BRITO GUZMÁN, Alejandro. *óp., cit.* p. 391.

¹³⁹ RASCÓN GARCÍA, César y otros. *óp., cit. Ley XII, V, 6.*

impúber fallecía sin designar tutor en testamento, o si, habiendo designado uno, éste fallecía antes de abrir la sucesión, de esta manera se nombraría a los agnados más próximos del impúber para ejercer la Tutela. Se prefería a los más cercanos, es decir, según el grado de parentesco más cercano, con la única condición de ser todos varones. Efectivamente, los tutores legítimos son los hermanos del impúber y, a falta de éstos, los tíos, después los primos, etc., que se extienden por línea masculina. Ante la falta de agnados asumen la Tutela los gentiles y se llevaría a cabo de conformidad con las reglas sucesorias.

En lo tocante a la Tutela legítima señalan ARIAS RAMOS y ARIAS BONET: *“La Tutela legítima, por la ley de las XXII Tablas, fueron deferidas a los agnados y a los consanguíneos y a los patronos, es decir, aquellos que pueden ser admitidos a la herencia legítima: ello con suma previsión para que los mismos que esperan esta sucesión cuiden de que los bienes no se dilapiden”*¹⁴⁰.

En el Derecho Justiniano hubo trasformaciones considerables en la legislación de la Tutela legítima, especialmente el predominio de la familia natural bajo agnaticia, en la que los parientes de sangre tenían preferencia.

El autor añade que: *“...hubo un predominio de la familia natural bajo la agnaticia que repercutió en la Tutela legítima, determinando un llamamiento a la misma de los parientes del pupilo por la sangre. Lo que antes sucedió es que paralelamente a la mencionada evolución familiar, se produjo un régimen de disfavor para la Tutela legítima, la cual fue arrinconándose y aplicándose cada vez menos, porque el magistrado no sólo confirmaba las designaciones defectuosas hechas por testamento, sino que en los casos en que cualquier circunstancia, impedía que funcionase el tutor testamentario, no se recurría al legítimo: se nombraba otro por el magistrado”*¹⁴¹.

Vemos así que se admitía la transferencia a través una *in iure cessio*, pero la titularidad seguía siendo del tutor legítimo. No se necesitaba nombramiento porque después de la muerte del padre, si no dejaba testamento, automáticamente el pariente varón más próximo al impúber asumía el papel de tutor, de ahí la similitud con la sucesión legítima, conforme hablamos previamente. Ello con la particularidad de que si

¹⁴⁰ RAMOS ARIAS J. y BONET ARIAS, J.A. Derecho Romano. *op., cit.*, p. 1093.

¹⁴¹ Ídem, p.783.

el pariente más próximo era incapaz de ejercer la Tutela, debido al sexo o a la poca edad, la designación se pasaba por el magistrado mediante la Tutela dativa.

c) Magistral o Dativa:

Este tipo de Tutela fue establecida en la *Lex Atilia* (186 a. de J.C), que determinaba la designación de un tutor por el pretor urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe. El Tutor, a partir de Justiniano, era nombrado por un Magistrado cuando el menor impúber carecía de un tutor testamentario o legítimo.

Cualquier persona podría solicitar al juez la designación de tutor, pero había algunas personas que estaban obligadas a hacerlo, por ejemplo, la madre del impúber, los herederos presuntos del menor, los libertos de su padre; además, el propio pupilo lo podía solicitar y no admitía excusa. Asimismo, la ley determinaba que los magistrados deberían proceder de oficio si nadie lo reclamaba.

Según Max KASER, “...en esta Tutela se acentúa sobre las demás Tutelas el carácter de deber impuesto al tutor, éste no puede ceder la Tutela ni rechazarla y puede ser constreñido a su desempeño por el magistrado”¹⁴². Corrobora este aserto el Dr. Eusebio DÍAZ cuando afirma lo siguiente: *“El fundamento racional de esta institución hay que buscarlo en lo que hoy he dado en llamarse “obligaciones legales”, en el deber de asistencia, que es ley de la vida. Este deber de asistencia, dice Ahrens, tiene su origen, ya en un derecho correlativo nacido de la voluntad de dos partes o de una que interviene con intención benéfica en los intereses de otra sin previo asentimiento (contratos, casi-contratos), ya sea en estados generales, o particulares constituidos por relaciones humanas constantes o por relaciones más o menos contingentes y accidentales”*¹⁴³.

Siguiendo con el mismo pensamiento, añade Eusebio Díaz que: *“A esta segunda rama, y dentro de ella a parte del deber de asistencia en estados particulares, corresponde la Tutela en general y principalmente la dativa. La sociedad política tiene dos funciones capitales, la reguladora, que pone en armónica vida los elementos del*

¹⁴² KASER, Max. *óp. cit.*, p. 70.

¹⁴³ DÍAZ, Eusebio. *óp. cit.*, p.419.

Estado y la complementaria, que suple deficiencias de las personas que lo integran en cuanto se refieren a algo esencial para los fines públicos. Pues bien, este título debe el poder directivo, para proveer al cuidado de sus miembros desvalidos, a fin de que no se lesionen, por falta de guía acertada, energías que serán utilizables, y en todo caso para proteger a los necesitados que carecen de auxilio en la vida civil; por eso otorga la Tutela dativa cuando no ha lugar la testamentaria ni, la legítima ”¹⁴⁴.

Esta Tutela confirió, efectivamente, la supremacía del poder del Estado a través de la resolución de la autoridad. No había en esta el poder discrecional del *paterfamilias*, sino que era una obligación inminente, en la que el Estado ejercía el papel de protección con la urgencia y la necesidad que suponía, con el fin de no perjudicar el derecho del menor, dado que las autoridades estatales no podían relegar al abandono aquellos necesitados de amparo.

En esta Tutela también estaban incluidas aquellas personas que cambiaron su *status*, es decir, los esclavos manumitidos, los hijos *nacidos* de concubinato, o cuando el tutor es dado por sospechoso, porque el Estado a través de sus autoridades tenía el deber de defenderlos.

d) Tutela *Mulieris* o de Sexo:

En el derecho antiguo las mujeres ostentaban una nítida posición de inferioridad en la sociedad. Esta Tutela demuestra al mismo tiempo que regula el papel del estado de sumisión y opresión en que se situaba la mujer en el derecho romano.

La Tutela del sexo estaba destinada a aquellas mujeres *sui iuris* no sometidas a la patria potestad, ni a *manus*, e incluye a las mujeres púberes e impúberes. En el primitivo *ius civile*, tendría las mismas características de la Tutela impúberes, admitía la testamentaria, dativa y legítima. Los romanos, justificaban la Tutela del sexo debido a personalidad femenina del siguiente modo: para Gayo la ligereza, inconstancia o debilidad del sexo femenino, *levitas infirmitas o inbecillitas sexus o animi*.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

En este contexto el Dr. Eusebio DÍAZ afirma que la mujer: “*En los siglos primeros, nunca se halló en estado de plena libertad de su persona: la manus cuando casada, la patria potestad en su situación de hija de familia, o la Tutela si era huérfana, la colocaban siempre en sumisión que mermaba la facultas agendi, en cualquiera de sus estado*”¹⁴⁵.

El jurista Gayo, inflexible opositor de *Tutela mulieris*, afirma que: “*es incomprensible el sentido de esta Tutela porque la ligereza femenina con la que se quiere justificar la Tutela del sexo es un motivo más especioso que real*” [y afirma taxativamente]. *Para que las mujeres de plena edad estén en Tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su ligereza, resulta una razón de más apariencia que verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente incluso contra su voluntad, obligado por el pretor. Por lo cual, no se concede a la mujer ninguna acción derivada de la Tutela, mientras que cuando los tutores realizan negocios de los pupilos o pupilas tienen que rendir cuentas después de la pubertad de éstos, merced a una acción de Tutela*”¹⁴⁶.

La Tutela del sexo en Roma era en su origen un instrumento egoísta y discriminador usado para beneficio del propio poder familiar del *paterfamilias*. El derecho romano enaltecerá el poder hipo/suficiente de la mujer. La *capitis deminutio* de la mujer no tenía razón concreta, se banalizaba y estaba desprovista de fundamento para la disminución de su capacidad de ejercicio y de la pérdida de una condición jurídica. Un ejemplo es el momento del matrimonio, en el que a una mujer, para entrar en la familia *agnacia* del marido, se le aplicaba la *conventio in manu*. Es decir la mujer sufriría *capitis deminutio minima*, dejaría de ser *sui iuris* para transformarse en *alieni iuris*, porque tenía necesariamente que apartarse de su familia primitiva, de modo que extinguiría las relaciones jurídicas con la familia anterior, cambiaría del *status* y pasaba a ser parte, solamente, de la familia del marido¹⁴⁷. Las únicas mujeres excluidas de la

¹⁴⁵ DÍAZ, Eusebio. *op. cit.*, p.420.

¹⁴⁶ VELASCO ABELLÁN - Coordinación general de Francisco Hernández Tejero(1985): *Gayo, Instituciones*. Edit. Civitas. p. 87.

¹⁴⁷ Véase TEJERO HERNANDEZ, Jorge Francisco. (1977): *Lecciones de Derecho Romano*, Madrid, Ed. Darro, pp. 82-83.

Tutela de sexo eran las vírgenes vestales. Fundado en razones culturales y de creencia se estimaba que cuando salen de su familia no experimentan la *capitis deminutio minima*.

Como ya hemos señalado, en la Tutela *mulieris*, podía designarse un tutor en testamento, o a través de la Tutela legítima, que le correspondía a los agnados. Después se adoptaría también la dativa y tenía el carácter perpetuo. Sin embargo, fue una institución, a nuestro entender, sin sentido y con el tiempo sufriría un proceso de involución a medida que la sociedad exigió la modificación de la estructura familiar y que la mujer fue adoptando una posición social más independiente y relevante ante la sociedad. Nos sujetamos, sin embargo, al juicio de la historia respecto de las razones antiguas que anclaban ésta Tutela a su tiempo.

Las personas que se encontraban bajo este tipo de Tutela tenían ciertas libertades no concedidas a las demás, lo que se corrobora en palabras de BONFANTE que afirma que: “Se intentó dejar a merced de la mujer la elección del tutor, prevaleció el entendimiento que el marido poseedor de la *manus* sobre la mujer, permitiese a la mujer en el testamento que ésta eligiera el propio tutor —*tutor optivus*—. Se le podía conceder a la mujer que eligiera un tutor general o varios tutores, pudiendo ella, renovar la elección más de una vez, sin limitación alguna —*optio plena*—”¹⁴⁸.

Entendemos que no existía razón plausible para la existencia de esta Tutela, porque su causa no derivaba de ninguna minusvalía o incapacidad y el objetivo era eminentemente, conforme hemos señalado, la salvaguardia del patrimonio de la familia; inconcebible, efectivamente, era inhabilitar a una persona que tenía plena conciencia de sus actos.

En relación al contenido de esta Tutela, tal y como señalan J. ARIAS RAMOS y ARIAS BONET: “El tutor ya en la época clásica, carecía de *negotiorum gestio*. Todos los actos administrativos eran, pues, realizados por la mujer, que únicamente necesitaba la auctoritas de su tutor. Esta auctoritas, por otra parte, no era requerida para todos los actos, sino para algunos de ellos: *acceptilatio*, adición de herencia, manumisión, enajenación de *res Mancipi* y otros. Además, si el tutor era testamentario o dativo podía forzársele a prestar dicha auctoritas por la mujer, la cual tenía muchas veces la posibilidad de una elección de tutor, ya que era frecuente que el testador la

¹⁴⁸ BONFANTE, Pedro. *op., cit.*, p. 220.

concediese la optio tutoris, práctica con la que tal traba había de molestarla bien poco”¹⁴⁹.

En el nuevo derecho, con base en una Constitución de Valentiniano II, las mujeres podían ser tutoras de sus hijos a condición de no volver a casarse; por lo tanto, con ello se disminuyó la incapacidad. En la época del emperador Claudio ella fue abolida y antes con las Leyes *Julia y Papia Popea* se eximió de esta Tutela a las mujeres que tenían tres o cuatro hijos, según fuesen ingenuas o libertas.

- Otros tipos de Tutela:

Autores como D’ORS y BONFANTE resaltan otros tipos de Tutelas en la cuales se designaba a personas para ejercer la Tutela en casos especiales. Por ejemplo, la de *tutor praetorius*, cuando concurrían intereses contrarios entre tutor y pupilo, se nombraba un nuevo tutor.

La Tutela fiduciaria, según explica Gayo: “...tratase de que cuando alguien vende un hijo, nieto o bisnieto impúberos, o hija, nieta o bisnieta, tanto púberas como impúberas con la condición de que le sean vendidos de nuevo y una vez que le han sido vendido de nuevo, los manumite, se hace su tutor legítimo. Aún sobre la Tutela fiduciaria cita el ejemplo de la Tutela *mulieris* cuando la mujer fue manumitida por un varón y se casa, por compra con autorización de éste, al ser vendida de nuevo y manumitida, deja de tener al patrono como tutor y empieza como tutor al que la manumitió, es este su tutor fiduciario”¹⁵⁰.

Esta Tutela también llamada *Potioris Nominatio*, consiste en que la persona ya designada por el magistrado en la Tutela dativa para ejercer el cargo de tutor, proponga al juez la nominación de otra persona para ejercerlo con la consecuencia de liberarse ella misma de tal función de la Tutela, entonces se aceptó que la persona propuesta pasa a ejercer el cargo en sustitución de la otra.

¹⁴⁹ RAMOS ARIAS y ARIAS BONET. *op. cit.*, p. 792.

¹⁵⁰ ABELLAN VELASCO, Manuel. *Instituciones. Gayo*, *op. cit.*, p. 95.

Al tiempo existía en Roma una Tutela destinada a los no nacidos mediante la cual era posible ser tutor de aquellos que aún no habían nacido, era la Tutela testamentaria. Sobre este tipo de Tutela explica Gayo que: *“Así como en otros muchos casos los póstumos se tienen por ya nacidos, así también en este caso se admite que en el testamento se pueda dar tutores a los póstumos, lo mismo que a los ya nacidos, siempre que en caso de nacer en vida nuestra hayan de entrar bajo nuestra potestad”*¹⁵¹.

Se habla también de la llamada *Tutela cedida*, destinada solamente a mujeres, antes de la vigencia de la Ley Claudia. Tratábase de cuando los agnados, los patronos, cedían la Tutela de las mujeres a otra persona: aquel al que cede la Tutela se llama *tutor cesionario*. Si este muere o sufre una pérdida de estado, la Tutela revierte sobre aquel tutor al que se la había cedido, y si el mismo que se la cedió muere o sufre una pérdida de estado, también se aparta la Tutela del tutor cesionario y revierte aquel que tiene el segundo grado después del cedente.

Finalmente hay que citar la Tutela por la cual el *Pretor*, y la mayoría de los tribunos de la plebe o los gobernadores de las provincias, nombraban a un tutor para aquellos que los necesitaban y no tenían, por ejemplo un esclavo liberto que fuese impúber.

2.1.2. Obligaciones del Tutor:

La Tutela en el Derecho Romano era un deber y una función pública y, como tal, el tutor tenía responsabilidades y compromisos sobre todos los bienes del pupilo. Los cuidados con el pupilo, conforme hemos dicho, no corrían a cargo del tutor que se limitaba a un tanto por ciento de su patrimonio para su sustento, los cuidados personales generalmente los efectuaba la familia, más específicamente se imputaban sobre la madre.

El tutor, antes de comenzar la Tutela, tenía que presentar el inventario de los bienes que estaban en su poder y mantenerlo actualizado por el período que ésta durase.

¹⁵¹ *Apud. PEIX, PÉREZ D'ORS, Álvaro. op. cit., p.39.*

Sobre ello determina el Digesto que: *“El inventario no es, empero, una solemnidad sometida a reglas taxativas, sino una prueba privada, que sirve para la correcta rendición de las cuentas. Sólo en la época posclásica fue elevado a la categoría de formalidad rodeada de requisitos fijos por Honorio y Arcadio”*¹⁵².

Asimismo, debían aún prestar caución, llamada *cautio rem pupilli salvam fore*, como una garantía para asegurar que los bienes del pupilo se conservarían durante la Tutela; pero los tutores testamentarios no necesitaban darlas. Si la caución no fuera suficiente, se solicitaba una fianza a través de la *satisdatio* para los tutores dativos y legítimos.

Durante el ejercicio de la Tutela el tutor debía cuidar y conservar los bienes del pupilo como si fueran suyos, conservar el patrimonio en su integralidad haciendo una buena y honesta administración, cumpliendo escrupulosamente con su deber. El tutor debía responder al pupilo por el *dolus*, y por la culpa de su mala administración era posible una indemnización judicial a través de la *periculum tutoris*. El tutor actuaba con ciertas limitaciones expresas en la legislación, fruto de la intervención estatal, que tenía la Tutela como un deber-oficio; y con tal injerencia estatal se buscaba mantener la integridad del patrimonio. Podía el tutor, llevar a cabo actos a título oneroso, pero no a título gratuito, y la contravención de esta norma implicaría la nulidad de los actos del tutor.

Al finalizar el periodo de la Tutela el tutor debía rendir cuentas de su gestión, sobre esto se manifiesta la Dra. MARTÍNEZ GALLEGO: *“Una vez extinguida la Tutela, el tutor se encuentra obligado a justificar su administración, al igual que todo el gestor está obligado a rendir cuentas, pues esta obligación constituye la forma de comprobar el desempeño del cargo Tutelar y en su caso, de determinar fundada la exigencia de responsabilidad”*¹⁵³. Asimismo debe hacer la entrega de los bienes del pupilo y, si fuese el caso, indemnizarlo por los perjuicios que el patrimonio hubiera sufrido.

Apunta BONFANTE sobre este deber, lo siguiente: *“Se puede decir que el tutor debe rendir cuentas de todos aquellos actos administrativos que haya realizado, teniendo en cuenta que la administración ha de ser entendida en el sentido económico*

¹⁵² *Apud.* BRITO GUZMÁN, Alexandre. *op.cit.* p. 392.

¹⁵³ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva. *op. cit.*, p. 265.

pleno de la administratio romana, que no excluye la facultad de enajenar, pignorar, colocar capitales y, en general, ejecutar actos que exceden de nuestro actual concepto de administración ordinaria”¹⁵⁴.

2.1.3. Extinción y término de la tutela y de la curatela.

La Tutela del impúber en el Imperio Romano acaba con la llegada del menor a la pubertad. Para el caso de la Curatela, ésta pierde sus efectos a los veinticinco años o con la muerte del pupilo o del tutor, y también con *la capitis deminutio* para el pupilo, o con la *capitis deminutio maxima y media* para el tutor o curador.

Conforme señala Alejandro Guzmán: “*La Tutela del impúber en el Imperio Romano acaba con la llegada del menor a la pubertad, con su capitis deminutio máxima o media, o la muerte del pupilo o del tutor, o con la capitis deminutio maxima y media, así como por medio de la abdicación del cargo, por la remoción del tutor testamentario en virtud del ejercicio de la accusatio suspecti tutoris para el tutor. También terminaría por razones legítimas de dispensa, a través de alguna de las acciones judiciales, o de las los fines para los que la Tutela estaba destinada y por adopción plena del pupilo o por arrogación*”¹⁵⁵.

Para la *Tutela Mulierum*, algunas formalidades se fueron extinguiendo con el tiempo según las costumbres. El emperador Augusto, a través de la *Lex Julia*, terminó con la Tutela para las mujeres ingenuas, madres de tres hijos y para las libertas madres de cuatro hijos. Posteriormente, el emperador Claudio acabó con la Tutela de los agnados. De esta forma las mujeres ingenuas solamente tenían tutor testamentario o magistral, pero se tornan totalmente exentas de tutor por la muerte¹⁵⁶.

Terminaría la tutela y la curatela por razones legítimas de dispensa, o bien de la finalización de algún término o condición por los que se suministraba la tutela o la curatela, además de por adopción plena del pupilo o por arrogación.

¹⁵⁴ BONFANTE. *op. cit.*, p. 222.

¹⁵⁵ BRITO GUZMÁN, Alejandro. *op. cit.*, p. 385.

¹⁵⁶ GAYO. *op. cit.*, p. 87-89.

Prácticamente las mismas causas expresadas en la Tutela son motivo de exclusión de la curatela, en la *Curatela minorum*, cuando el pupilo cumple 25 años, y en las demás curatelas cuando cesa la causa de incapacidad.

2.1.4. Configuración de la Curatela:

La Curatela en el Imperio Romano estaba destinada a la protección de los bienes de aquellos que no tenían discernimiento para cuidarlos por sí mismo. Las más conocidas eran específicamente para los menores de 25 años, los llamados locos y los pródigos.

Pero había otras Curatelas referidas por diversos autores, la *curator ventris*, *curator impuberis*, *curador de inválidos*. Admitía la clasificación legítima y dativa. Para la Dra. María Victoria SESMA URZAIZ “no existe una verdadera Curatela testamentaria”¹⁵⁷. Como dice GIRARD, Paul: “...es prácticamente imposible realizar una enumeración de los tipos de Curatela existentes en el Derecho Romano, porque la finalidad de esta institución no era sino remediar incapacidades accidentales susceptibles de variar infinitamente”¹⁵⁸. En este sentido, D’ORS, por ejemplo, incluye en su clasificación a la Curatela para prisioneros y al deudor concursado (*curator bonorum*)¹⁵⁹.

RAMOS ARIAS y ARIAS BONET aclaran que: “La diferencia entre la Tutela y la Curatela no tiene nada de fundamental. La máxima tutor datur personae, curator rei, no es exacta aplicada al derecho romano, ya que ni el tutor ni el curador cuidan de la persona, sino de los bienes, y puede acogerse en el sentido de que la Tutela presupone siempre la persona del pupilo, mientras que la cura puede aplicarse a un patrimonio sin titular”¹⁶⁰.

Efectivamente, el curador no tenía responsabilidad sobre la persona del Curatelado. Además las dos instituciones del guarda pretendían, conforme ya hemos

¹⁵⁷ URZAIZ SESMA, María Victoria. *La estructura de la Tutela: su evolución histórica*, en Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Ed. REUS, p. 23.

¹⁵⁸ GIRARD, Paul Frédéric. (1924): *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Ed. Rousseau, p. 223.

¹⁵⁹ PEIX, PÉREZ D’ORS, Álvaro. *ob. cit.*, Pág. 298.

¹⁶⁰ RAMOS ARIAS y ARIAS BONET. *ob.cit.*, Pág.794.

señalado reiteradamente, mantener el patrimonio. Los cuidados personales de los suministrados a Curatela se quedaban a cargo de la familia, de ordinario bajo cobertura de la madre o de la abuela.

- Tipos de Curatela:

a) *Cura minorum*:

La *Curatela Minoris* fue introducida primeramente por la Ley Laetoria (aproximadamente 191 a.C.) para aquellas personas menores de 25 años. El curador, en principio, intervenía en actos aislados. Marco Aurelio ordenó que el nombramiento fuera efectuado por el *Pretor*, o gobernador, y el curador —*curador minoris*— debería intervenir en todos los negocios en los que figura como parte un menor de 25 años. Incluso se consideraba una garantía para aquella persona que firmaba un contrato con el menor púber.

De este modo para Cristina GUILARTE MARTÍN: “...la protección del menor se va evolucionando y ampliándose hasta desembocar en la incapacidad del menor hasta los veinticinco años, creándose la primera medida tuitiva, a través de esta ley, para reprimir los abusos contra el menor, estipulándose multas y penas subsidiarias, además de la acción de repetición del pago”¹⁶¹.

Por su parte el *Curador minoris* era el llamado a acompañar al menor en todos los procedimientos judiciales. El menor adulto mantiene su capacidad e incluso podía hacer sugerencias en los actos que el curador realizaba, pero el curador tenía la obligación de prestar su *consensus* en los negocios. Este consentimiento, conforme a lo que opina Alejandro GUZMÁN, “...no es requisito de ningún negocio del menor y sólo constituye un resguardo para terceros en la medida en que funciona de hecho impidiendo verdaderamente la *circumscriptio*”¹⁶².

La *circumscriptio* sugería la existencia de dolo en el negocio jurídico, pero la jurisprudencia amplió este pensamiento no exigiendo que hubiera fraude o culpa del

¹⁶¹ CALERO MARTÍN GUILARTE, Cristina. op. cit., p. 24.

¹⁶² GUZMÁN BRITO, Alejandro. op. cit., p.410.

tercero, sino solamente que el menor haya sido perjudicado en el acto debido a su poca madurez. Esta protección se extendía incluso a los actos unilaterales. El curador *minoris* podía ser designado por el magistrado y éste, generalmente, confirmaba el nombramiento hecho por el padre en la Curatela testamentaria, si ésta procedía.

En consonancia con lo anterior, en la época clásica las características del curador en términos generales serían las siguientes: el menor podía solicitar el nombramiento de un curador al juez; la opinión del menor se respetaba en cuanto a la elección de un curador; se nombraba un curador para cada negocio específico y su obligación era dar asistencia, no obstante, carecía de las facultades de un administrador del patrimonio del menor. Según ARIAS RAMOS¹⁶³ todas estas características evolucionaran en el tiempo. Con Marco Aurelio esta Curatela devendría en obligatoria. De la misma manera, Cristina Guillarte MARTÍN CALERO, afirma que: *“Estos caracteres se fueran modificando, sin poder determinar de manera cierta en qué momento se fueran produciendo estas transformaciones, hasta llegar en el Derecho Justiniano a una Curatela que se configura como permanente y obligatoria. El menor ya no administra su patrimonio sino que es el curador que tiene la administratio como función implícita a su cargo. Al igual al tutor, puede actuar por el menor a través de la negotiorum gestio hacerle actuar, prestándole su consensus para el acto concreto del que se trate. Así se limita la capacidad del menor, asimilándole al pupilo, y se amplían las funciones del curador equiparándole al tutor”*¹⁶⁴.

b) Cura furiosis:

¹⁶³ ARIAS RAMOS explica de la siguiente forma: *“Por lo que respecta a la desaparición del carácter voluntario de esta curaduría y, consiguientemente, a su obligatoriedad para todos los púberes menores de veinticinco años, ni siquiera en el mismo Derecho justiniano se puede asegurar con absoluta certeza. Dicha obligatoriedad es opinión general de los intérpretes, pero aún quedan en la compilación del emperador bizantino algunos textos que presentan la petición del curador como facultativa. La designación del curador con carácter estable, no solamente ad singulas causas, comenzó, según los comentaristas modernos, en época de Marco Aurelio, aunque algún texto atribuye a la reforma de éste mayor alcance, afirmando que ita statuit, ut omnes adult curatores acciperent. En orden a la capacidad del menor apareció entonces bien distinta la situación del menor que no tiene curador, y es, por tanto, plenamente capaz, y la del que tiene un curador estable, cuya situación se va asimilando a la del pupilo. Otra reforma importante consistió en la transformación del curator minorum, de simple consejero, en administrador del patrimonio del menor, con la lógica limitación general de la antigua capacidad de éste, equiparándose así el curator al tutor y el menor de veinticinco años al pupilo. Esta corriente de asimilación vino al Derecho romano del Derecho helénico, donde no había distinción entre tutor y curador y estaban los jóvenes sin pater sometidos a una única institución de guardaduría que duraba, según los pueblos, hasta los dieciocho a los veinte años”, óp. cit., pp., 757-758.*

¹⁶⁴ CALERO MARTÍN GUILLARTE, Cristina. *op. cit.*, p. 23-24.

En las XII Tablas, se establece que si alguien está loco, los agnados y los gentiles tendrán la potestad sobre él y sobre sus bienes¹⁶⁵. “*La demencia estaba entonces, más que cualquier otra enfermedad, unida a una influencia divina, era considerada como un hecho de orden sobrenatural, se creía que un dios se apodera del alienado, para castigarlo, para hacerle expiar algún crimen, y actuaba misteriosamente en él. El demente estaba poseído y se le curaba a través del exorcismo: se ofrecía a un dios sacrificios expiatorios (piationes) para lograr que abandonara su presa. Los diversos tipos de alienados llevaban por lo tanto los mismos nombres de las divinidades que los atormentaban, se les llamaba furiosi, cerriti, larvati, lymphcati, para explicar que estaban poseídos por las furias, por Ceres, por los Larves, y por las ninfas*”¹⁶⁶.

La Curatela para los furiosos o locos se extendía también a la administración de sus patrimonios. El curador tenía la legitimación de celebrar todos los actos civiles en lugar del enfermo; no detentaba la propiedad de los bienes del pupilo, pero como el discapacitado se consideraba absolutamente incapaz y, por consiguiente, no podría actuar sin la intervención de su curador, éste tenía el poder de celebrar contratos o, simplemente, realizar todos los actos en nombre del enfermo. Incluso Gayo en sus *Institutas*¹⁶⁷ cita el *agnatus furiosi curator* entre las personas que pueden enajenar bienes que no son propios. Este jurista, enfatiza que la jurisprudencia mitigó esta facultad del *curator furiosi*, al cual se le aplicó también la restricción del senado consulto de la época de los Severos referente a los *praedia rustica vel suburbana* y se exigió en el derecho Justiniano que la enajenación estuviese justificada por la *utilitas furiosi*.

Como el curador no proporcionaba todos los cuidados a la persona enferma, puesto que a éste sólo le correspondía la administración patrimonial, eran los agnados más próximos al enfermo los que tenían la obligación de velar por la salud e integridad física de él.

En este contexto, no se constataba ninguna fiscalización estatal en la sociedad romana con relación a la persona que se encargaba de los cuidados de la persona enferma. No obstante, el Digesto de Justiniano impone al curador la obligación de

¹⁶⁵ RASCÓN GARCÍA, César y GONZÁLEZ GARCÍA, José María. *op. cit.*, ley XII, V, 7.a.

¹⁶⁶ GUTIÉRREZ CALLES, José Luis (2004): *La guarda del enfermo mental: Deberes y responsabilidad*, Ed. DYKINSON, p. 30.

¹⁶⁷ VELASCO ABELLAN, Manuel y otros (1989): *Gayo. Instituciones*, Madrid, Ed. Civitas, p. 104.

cuidar con prudencia y trabajo no sólo el patrimonio del enfermo, sino también el cuerpo y la salud del demente¹⁶⁸.

Señala la *Curatela Furiosis* podía ser testamentaria, legítima y dativa; con todo, el nombramiento del curador lo realizaba el Magistrado, pero sin el proceso de interdicción. Así pues, no se evaluaba el grado de capacidad o de discapacidad del enfermo, ni tampoco la evolución de la enfermedad. Incluso, en el Derecho post-clásico, debido a la inestabilidad de ciertas dolencias mentales, se suspende la Curatela de la persona demente en los intervalos de lucidez¹⁶⁹.

c) La Cura prodigi.

Este tipo de curatela se encontraba regulada en el artículo en la Tabla V, prohibiendo al pródigo practicar determinados actos que colocase en riesgo su patrimonio. Admitía la Curatela dativa, legítima y testamentaria. Se ha de resaltar que la incapacidad del pródigo es solamente relativa a los actos practicados que empeoren, o que vengán causar la dilapidación de su patrimonio.

La Ley de las XII Tablas establece que el pródigo, a quien está prohibido administrar sus bienes, está bajo la Curatela de los agnados. Se declaraban interdictos judicialmente y para el ejercicio del cargo de curador se prefería a los agnados más próximos, siendo su nombramiento realizado por el Magistrado. La característica de esta Curatela es distinta de las demás porque está limitada a ciertos actos, dado que “*la prodigalidad no es una enfermedad, sino debilidad de carácter*”¹⁷⁰.

Con todo, Arias Ramos¹⁷¹ afirma que la interdicción del pródigo determinaba su incapacidad absoluta, puesto que se le privaba del *commercium*. El curador del prodigo era también el administrador de los bienes, pero el prodigo conserva su capacidad para adquirir bienes, recibir herencia, en fin, celebrar contratos que no se destinaran a la alienación del patrimonio; pero no pueden efectuar testamentos. El objetivo sería la

¹⁶⁸ PEIX, PÉREZ D'ORS, Álvaro y otros. óp. cit., p.290.

¹⁶⁹ PEIX, PÉREZ D'ORS, Álvaro. *Digesto* 1,18,14.

¹⁷⁰ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. (2004): *Derecho Romano*, Ed. Tirant Lo Blanch, p. 30.

¹⁷¹ ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET (1997). op.cit, p. 650.

preservación de los bienes, primero de los heredados —*ab intestato*— y después de los demás, aunque no tuviesen hijos.

2.1.5. Obligaciones del curador:

Al asumir el cargo de curador, se imponían ciertas responsabilidades oriundas del ejercicio de la función, pero no con tanta rigidez y exigencia como en la Tutela.

Los curadores deberían responder por sus actos, así como asegurar y comprobar el buen desempeño de la función conforme las determinaciones expresas fijadas por el pretor o Magistrado o por la ley.

Tutores y curadores durante el imperio Romano tenían obligatoriamente que responder frente al pupilo por una mala gestión; pero con relación a la Curatela la doctrina — Pedro BONFANTE, HERNANDEZ TEJERO, Max KASER— y demás fuentes ponen de relieve la insuficiencia de responsabilidades del curador por negligencia.

En la Curatela, sin embargo, conforme hemos señalado, las fuentes analizadas se refieren a la exigencia del Estado sobre la responsabilidad del curador sobre los bienes del pupilo, lo que contrasta con las normas para su comprobación que son de cierta oscuridad, imprecisión y vaguedad, quizás porque las fuentes tratan superficialmente las garantías que el curador tenía que ofrecer.

Con todo, Gayo en sus *Instituciones* (nº. 199) menciona como obligación del curador la de ofrecer una garantía. En concreto señala: “*A fin de que los tutores o curadores no arruinen o mermen los negocios de los pupilos y de los que están en Curatela, cuida el pretor de que los tutores y curadores den, con este motivo, una garantía*”. Pero seguidamente menciona las excepciones: “*Los tutores nombrados en testamento no tienen que dar garantías, ya que su solvencia y diligencia fue aprobada por el mismo testador; tampoco han de dar en garantía, generalmente, los curadores que tienen la Curatela, no por ley sino por nombramiento del cónsul, pretor o*

gobernador de la provincia, por la razón de que ya son elegidos de suficiente honradez”¹⁷².

Sobre ello Max KASER afirma que: *“La administración del patrimonio del menor no figura en un principio entre las atribuciones que corresponden al curador. Durante la época clásica parece haber sido usual que el menor confiara la administración de su patrimonio al curador, hasta el punto de llegar a constituir ésta, una de las principales funciones de aquél. En la época postclásica llega a ser función implícita en el cargo de curador. Por esta razón, ya en la época clásica, se estableció para el curador, la necesidad de prestar una seguridad correspondiente a la *satisfactio pupilli salvam fore* (primeramente voluntaria) (Gayo 1, 199); además la *oratio Severi*, que prohíbe la enajenación o gravamen de determinados bienes pupilares, se aplica también a los curadores. En Derecho postclásico hallamos extendida la aplicación de la *accusatio suspecti* de las *excusationes* y de otras normas propias de la Tutela al curador*”¹⁷³.

Por su parte, ARIAS RAMOS y ARIAS BONET manifiestan que: *“No solo los bienes de los impúberes necesitan ser protegidos. Otros patrimonios se hallaban también, por la condiciones de incapacidad o inexperiencia de su titular, por no estar éste determinado de manera cierta, o por otras causas, en circunstancias que demandaban la necesidad de someterlos al cuidado de alguien*”¹⁷⁴.

De este modo, lamentablemente podemos verificar que los historiadores relatan insuficientemente las obligaciones y las garantías que el curador debía ofrecer al pupilo o incapaz durante y después de la Curatela. Para mitigar los efectos de esto, se establecieron las acciones judiciales que veremos a continuación.

¹⁷² PEIX, PÉREZ D'ors, Álvaro. *op. cit.*, p. 46.

¹⁷³ KASER Max. *op. cit.*, pp. 295-296.

¹⁷⁴ ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. *op. cit.* p. 793.

2.1.6. Acciones Judiciales de la Tutela y de la Curatela en el Derecho Romano.

En el intento de reprimir actos de deslealtad de los tutores o curadores que tuvieran por finalidad dilapidar el patrimonio de los incapaces, se instituyeron varios procedimientos legales para aplicarlos en casos de deshonestidad o improbidad del tutor o curador y, si fuera necesario, poner fin a estos casos y proteger el patrimonio de los pupilos. El principal fue la *actio Tutelae* que tenía una función amplia y doble, esto es, podía emprenderla tanto el pupilo como el tutor. Cuando era interpuesta por el tutor, era llamada *contrarium iudicium Tutela*.

Se afirma así que : “*El autor es responsable en la actio Tutelae hasta la culpa leve con el límite de la culpa en concreto, es decir, que debe emplear a los negocios del pupilo la misma diligencia que emplea en las cosas propias*”¹⁷⁵.

En este contexto, tal y como nos indica D’ORS: “...se generalizó, para todo tipo de Tutela, una nueva acción de buena fe y de condena infamante esto es, la *actio Tutelae*, mediante la cual se podía exigir, al terminar la Tutela una indemnización por el comportamiento negligente del tutor, la cual, se podía emprender como *utilis* incluso contra el tutor que no había llegado a ejercer la Tutela”¹⁷⁶.

Además, encontramos otras acciones en el ordenamiento jurídico romano entre las que destacan las que siguen: “*actio ex stipulatu* que se interponían para dirimir litigios ocasionados de quiebra de la caución o fianza; la *actio Tutelae utilis* que se destina cuando se nombra al tutor, pero no asume el cargo; *accusatio suspecti tutoris* para actuar contra el tutor testamentario y viene legalizada en la Ley de las XII Tablas. Se trata de una acción criminal que comienza con una *postulatio* o *accusatio* que podrá ser ejercida por cualquier persona. La *actio rationibus distrahendis*, referente a la omisión de la rendición de cuentas, en una acción penal. Por último, la *actio subsidiaria* que se postulaba contra el magistrado que nombró al tutor y no exigió la

¹⁷⁵ BONFANTE, Pedro. *op. cit.*, p. 220.

¹⁷⁶ PEIX PÉREZ D’ORS, Álvaro. *op. cit.*, p. 295.

satisfactio rem pupilli salvam fore, o cuando lo exigió pero el tutor se tornase insolvente”¹⁷⁷.

Alejandro GUZMÁN entiende que la *accusatio suspecti tutoris* no se limita tan sólo al tutor testamentario, sino que se extiende a las demás Tutelas y su característica de acción penal se cambió con el tiempo, transformándose en una acción civil. En este sentido, D’ORS afirma: “...que la diferencia entre el tutor legítimo y el testamentario reside en la posibilidad que éste tiene de renunciar libremente a la Tutela y de la de ser removido de su administración mediante una acción pública por la que cualquier persona le acusara de fraude en la Tutela (*crimen accusatio suspecti tutoris*)”¹⁷⁸.

BONFANTE aboga porque los límites para la enajenación y las normas relativas a la gestión, la caución preventiva, la cadena de las responsabilidades y finalmente los motivos de incapacidad, de dispensa o de remoción, se extendiesen de la Tutela a la Curatela. Afirma que el curador puede suprimirse en el Derecho Justiniano a través de la *actio suspecti curatoris*; y la acción que se daba contra los curadores, también regulada en el Derecho Justiniano, era la *actio negotiorum gestorum*. Por el contrario, a la llevada a cabo por el curador se le llamaba *contrarium indicium negotiorum gestorum*¹⁷⁹.

2.2. Las Partidas del Rey Alfonso el Sabio, con énfasis a las instituciones de protección.

Las Partidas es probablemente la obra más famosa de la Historia del Derecho. Fue redactada por Alfonso X en colaboración de especialistas. Se empezó a redactar en 1256, según consta en el Prólogo, y se concluyó en 1263.¹⁸⁰ En extensión nos parece imprescindible traer aquí una palabra de Espinar cuando afirma en relación a

¹⁷⁷GUZMÁN BRITO, Alejandro, op. cit., en el libro hace una relación de las acciones judiciales de carácter represor, pp. 395-398.

¹⁷⁸PEIX PÉREZ D’ORS, Álvaro. op. cit., p. 200.

¹⁷⁹BONFANTE, Pedro, op. cit., p. 233.

¹⁸⁰MARIANO YZQUIERDO, CRISTÓBAL VALDÉS y otros. 1881: *Estudios sobre Incapacitación e Instituciones Tutelare*, Madrid, Ed. ICAI, p.38.

Las Partidas que: “...una obra que representa un cambio radical en la mentalidad de las clases directivas españolas y el instrumento por el cual ésta se extiende a todos los sectores; revela la existencia de un núcleo de excelentes juristas en la Corte del Rey Sabio y de sus sucesores y supone un esfuerzo ingente en su elaboración. Por la amplitud de su contenido, la riqueza de los materiales acumulados, la coordinación de lo doctrinal y lo normativo, no encuentra igual ni paralelo en tiempo en España ni fuera de ella. Sin embargo, su valor literario y científico fue acaso su primer defecto en el terreno de la práctica. (...) El Rey Alfonso X “El Sabio” y sus colaboradores, al reunir los precedentes de su codificación, buscan lo mejor y no legislan sobre el presente, sobre la necesidad de la vida jurídica de su tiempo, por lo que muchos de los doctrinadores afirman que éste fue su error. De modo que, lejos de hacer un código, para su época y para su pueblo, hicieran una gran obra, llena de sabiduría, para los jurisconsultos del porvenir”¹⁸¹. Pero, por la sabiduría que entrañan, las Partidas mantienen su vigencia por muchos siglos y después pasa a ser un depósito histórico de las ciencias jurídicas y comienza a perder durante los siglos XVII y XVIII su fuerza para la aplicación práctica.

Las Partidas, inspiradas en el Derecho Romano, más precisamente en el Derecho Justiniano, están divididas en siete libros. Las instituciones de protección a la persona y bienes de los menores e incapaces están disciplinadas en la VI Partida. Está compuesta por la Tutela y la Curatela y la intervención judicial. La primera destinada al amparo de los huérfanos menores impúberes; la segunda al auxilio de menores púberes y discapacitados, y la tercera que alude a la intervención judicial. Sobre esta última institución explica Cristina MARTIN GUILLARTE: “que destinase a un complemento para ciertas aplicaciones, por ejemplo el discernimiento del cargo”¹⁸².

La Tutela pues se destina a la protección a los huérfanos impúberes y la Curatela a los huérfanos púberes e incapaces. El fin al que se destinaba la Tutela era el cuidado de la persona y después de sus bienes. En la Curatela en cambio se demuestra todo el contrario: primero la guarda y el mantenimiento del patrimonio y bienes y, en segundo lugar, los cuidados a la persona.

¹⁸¹ ESPINAR FERNÁNDEZ, Ramón (1985): *Las fuentes del Derecho Histórico Español*, Madrid, Ed. CEURA, p. 394.

¹⁸² CALERO MARTIN GUILLARTE, Cristina. op. cit., p. 32.

La característica patrimonial se mantiene pero más atenuada. Se aprecia una preocupación mayor por la persona del incapaz y se mantiene la estrecha relación con el derecho sucesorio.

Esta Ley, conforme hemos dicho, es un marco de referencia histórico y doctrinal del derecho de España, puesto que se trata de una obra magnánima, cuya finalidad sería la reglamentación legislativa de la vida de los ciudadanos teniendo en cuenta los principios romano-canónicos y respetando las costumbres de una sociedad eminentemente agraria y comercial. Ejemplo de ello es el expresado en las Partidas I: *“Estas leyes son establecimientos, porque los homes sepan vivir bien, é ordenadamente, según el placer de Dios: é otrosí segund conviene á la buena vida de este mundo, é a guardar la fe de nuestro señor jesu-Christo cumplidamente, así como ella es. Otrosí como vivan los homes unos con otros en derecho, é en justicia”*.

2.2.1. La tutela en las Partidas. Características generales.

En el título XVI, la ley I de Las Partidas define la Tutela como guarda, en el sentido del derecho, que se da y otorga al huérfano libre menor de catorce años y a la huérfana menor de doce años que no pueda, ni sepa, ampararse¹⁸³.

De acuerdo con esta Compilación: *“Cuando el padre establece guardador á su fijo en su testamento, á que llama en latin tutor testamentarius. Cuando el padre no deja guardador al fijo en su testamento, é ha parientes: ca estonce las leyes otorgan que sea guardador del huérfano el mas cercano pariente; é este tal dicho tutor legitimus, dado por ley é por derecho. La tercera manera non deja guardador a su fijo, ni ha pariente, ó si lo ha es embargado, de manera que non lo puede, ó non quiere guardar; é estonce el juez de aquel lugar le da por guardador algún hombre bueno é leal: é á este atal en latin tutor dativus, es decir guardador dado por alvedrío del juez”*¹⁸⁴.

¹⁸³ Además, tal guarda otorga el derecho a los guardadores sobre las cabezas de los menores. Las partidas están basadas en el derecho consuetudinario y en el poder judicial, tiene participación efectiva en los procedimientos de Tutela y curatela como órgano fiscalizador y ejecutor.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Benedito. *Códigos sobre el Derecho Civil Español*. op. cit. p. 717

Las tres clasificaciones de Tutela que se admitieron en las Partidas fueron las siguientes: testamentaria, legítima y dativa.

En las Partidas VI, la ley admitía la posibilidad de que las mujeres nombrasen a través del testamento un guardador para su hijo de la siguiente forma: *“La madre q faze testamento, en que establece por sus herederos a sus fijos que no tuvieren padres, bien les puede establecer guardador en el. Pero tal guardador como este, no puede usar en ningua manera de los bienes del moço o moça menor de ser confirmado del juez del lugar de los bienes.”*

2.2.2. Clasificación de la Tutela:

a) Tutela Testamentaria.

La Tutela testamentaria está regulada en las Partidas VI, Ley III, la cual determina que: *“En tres maneras pueden ser establecidos los guardadores de los moços que fincan huérfanos. La primera es, cuando el padre establece guardador a su fijo en su testamento, a que llaman en latin tutor tetamentarius”*¹⁸⁵.

Al padre le otorgan el poder de realizar la designación de tutor en su testamento, pero no solamente a él, si no a todas las personas que instituyeron el menor heredero pudiendo ser la madre o el abuelo y hasta un extraño. La Partida establece textualmente: *“El abuelo o el padre puede dar guardador a su hijo o su nieto que están en su poder y son menores de edad, eso puede también fazer a los no nacidos, como a los que son en el vientre de su madre. Pero lo que diximos de los nietos, se entiende, que el abuelo le puede dar guadador en su testamento, si después de su muerte, non ficare el nieto en poder de su padre: e el nieto a quien fue dado este guardador, debe estar en poderío del, con todos sus bienes, falta que aya el moço cumplidos catorze años, e la moça los doze”*.

¹⁸⁵ LÓPEZ DE TOVAR, Gregorio. (Glosadas) *Las Partidas Afonsinas*, Partida VI, 16,2. Ed. Madrid, 1878.

Es interesante resaltar lo que expresan la Partida VI, 16, 7 sobre el tema: *“Dexando el padre a alguno de sus siervos por guardador de sus fijos, manguer non le oviesse desto aforrado por palabra fazese libre por esta razón, e será guardador dellos, si for mayor de veynte e cinco años. Mas si dexasse siervo ageno, non valdría, ni sería guardador dellos. Otrosi dezimos, que quando el padre estableciesse a alguno por guardador de sus fijos, que lo debe nombrar e señalar, de manera que lo pueden saber ciertamente, a qual es. Casi acaesciesse, que nombrasse a uno por guardador, e oviesse y otro que oviesse aquel mismo nome, si non pudiessen saber ciertamente, qual dellos fuera su entención que lo fuesse, entonces non lo debe ser ninguno dellos”*¹⁸⁶.

En este contexto, a nuestro juicio un tanto oportunista, el padre en su testamento podía designar una persona esclava que tenía la obligación de ser el tutor de su hijo tras su muerte y por esta razón el siervo obtenía la libertad. Ésta era, lógicamente, una condición por la que el testador tenía que especificar detalladamente la persona del esclavo en el testamento para no generar dudas e invalidar el testamento. En la *Tutela testamentaria* se exige la ratificación judicial, y a la valoración del magistrado se le da una gran importancia.

Las Partidas dedican una regulación especial a la Tutela testamentaria. En lo que respecta al nombramiento por parte del padre de sus siervos como tutor de los hijos, como ya se comentó anteriormente, produce simultáneamente una manumisión. Por lo cual, el padre no puede dejar como tutor a un siervo ajeno, pues sobre éste no tiene potestad para manumitir. Además, el nombramiento ha de identificar al siervo con toda claridad pues en caso de dudas en la identificación, el testamento se invalidará. También se permiten la designación en testamento de personas extrañas que tenían para con el huérfano una relación de extremo afecto y dedicación; entonces, estas podrían nombrar a un tutor, se instituía el menor como heredero, pero mediante confirmación por el juez¹⁸⁷.

Además, admite a las mujeres, a la madre y a la abuela, como guardadoras, pero tenían que hacer un juramento delante del Juez y del Rey de que no volverían a casarse. Se justificaba esta determinación en el hecho de que por el amor que tuviera por su marido no guardaría tan bien a las personas ni a la persona del huérfano.

¹⁸⁶ *idem*. Partida VI, 16, 7.

¹⁸⁷ Glosada por LÓPEZ, Gregorio. op.cit., Sexta Partida, Título XVI, ley VII.

b) Tutela Legítima.

La Tutela legítima es subsidiaria de la testamentaria y está determinada claramente en la Ley novena: cuando el padre y el abuelo no dejan guardadores de sus hijos ni de sus nietos en su testamento, deben ser tutores los parientes más próximos.

La Tutela legítima enaltece el papel de la madre porque, generalmente, la muerte del padre sin dejar tutor a su hijo hace de la madre del menor la tutora legítima; si faltara ésta lo sería la abuela. En ambos casos tenían que prometer al juez que no contraerían otro matrimonio mientras desempeñaran la Tutela. En ausencia de los parientes más próximos del huérfano dentro del mismo grado, pudieran ser nombrados varios tutores.

Se dispone en la Partida VI, lo siguiente: *“si los huérfano, oviessen madre que quisesse guardar los huefanos e sus bienes, entonces dezimos, que la madre lo puede fazer, ante que ninguno de los otros parientes, sólo que sea buena mujer e de recabdo. Pero debe dar e fazer a los moços primeramente tal segurança como de suso diximos en la sesta ley antes desta”*¹⁸⁸.

Como en el Derecho Romano, esta Tutela está directamente relacionada con el derecho sucesorio. Los parientes que están en línea recta de sucesión tienen la obligación de solicitar al juez la designación de un tutor para el huérfano. La Partida expresa que si no lo hacen pierden los derechos sobre la herencia.

c) Tutela dativa o judicial.

Según las Partidas, este tipo de Tutela respecto de los huérfanos se da cuando el padre no deja guardador a su hijo, no hay parientes cercanos que lo guarden, o ha sido objeto de embargo de manera que no lo puede o no lo quiere guardar. El juez natural de

¹⁸⁸ Ídem, VI, 16, 9.

donde el hijo es oriundo le da por guardador a una persona “*buena y rica*”, denominado en latín *tutor dativus*, ésto es, guardador, otorgado por el juez¹⁸⁹.

Las Partidas, siguiendo la tradición romana, determinan que si el huérfano menor no tiene tutor testamentario ni legítimo, el juez realiza el nombramiento de un guardador dativo.

Las Partidas establecen la competencia de los jueces para la designación del tutor, así pues, lo será el juez del domicilio del huérfano, el juez del lugar en el que nació el huérfano o su padre, y el lugar en el que el huérfano tiene gran parte de sus bienes. Cualquier persona puede pedir al juez que nombre tutor a un huérfano.

Se delimita a aquellos que no pueden ejercer el cargo de tutor, en la Ley 4, título XVI, Partida VI: ésto es, los sordos, los mudos, los desmemoriados, los pródigos, menores de veinticinco años y las mujeres. La ley termina repitiendo que el guardador debe ser establecido por mandato del padre o del abuelo, o por otorgamiento de las leyes.

En esta ley se reconoce una nítida preocupación por la persona del menor. A pesar de la muerte del *paterfamilias*, su finalidad es la de mantener la integridad del *statu quo* del huérfano, esto es, darle la seguridad y bienestar que necesita para desarrollarse y no solamente la patrimonial.

2.2.3. Obligaciones del tutor.

En las Partidas era obligación del tutor hacer inventario de los bienes del pupilo antes de asumir el cargo. Se trataba de una exigencia indispensable y la omisión de este supone faltar a una formalidad legal que si no se cumpliera el tutor podría ser removido como sospechoso, pues se trataba de una formalidad de ausencia inexcusable, constitutivo de un documento solemne. Se redactaba mediante un instrumento de escritura de aceptación, documento imprescindible en todos los tipos de Tutela. También se valoraba en esta ley la obligación de la fianza.

¹⁸⁹ Ídem, Título XVI, Ley 13.

La Ley afirma que es obligación de los tutores dar *fiadores valiosos al juez* y, a este respecto, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ resalta que: “*No se trata de saber si están o no libres de esta obligación los tutores testamentarios y los nombrados por los magistrados, tampoco sería lícito juzgar de esta necesidad regulándola por mayor o menor fortuna del tutor comparada con la del pupilo. Todo tutor legítimo está obligado a afianzar las resultas de su gestión, la fórmula del instrumento o carta que se ha de redactar, es el objeto de la ley 94, tit. XVIII. Part.3^a*”¹⁹⁰

Las Partidas exigían como garantía la fianza solamente al tutor legítimo, pero conforme el entendimiento del juez, si este comprendía que se trataba de una protección para el patrimonio del menor, podría extender esta garantía a los demás guardadores e incluso al curador.

La Partida VI, Título XVI, Ley 9^a, obliga al juramento: “*antes que usen los bienes de los moços é se obliguen por los guardadores, que ellos aliñaran, é guardaran bien e lealmente, los bienes de los huérfanos, é los frutos dellos. E sobre todo deben jurar los guardadores de fazer todas las cosas que sean a pro de los huérfanos que han en guarda, e de no se entremeter de fazer cosa que se torne a daño dellos*”.

Durante el ejercicio debería el tutor desempeñar el cargo con todo el celo y esmero que le confiere la función, así como conservar y administrar los bienes de los menores, como si fuera suyo. Asimismo, debía defenderlos judicialmente y extrajudicialmente, e intervenir en los negocios visando siempre el mejor interés de los menores.

En cuanto a la persona, es obligación del tutor velar por la educación y por la formación del menor, darles instrucción, así como proporcionales los alimentos necesarios a su manutención. A este respecto, la Ley 16 y 20 determina: “*el tutor o curador hace suyos los frutos del caudal, y contrae todas las obligaciones de cubrir todas las necesidades del sometido y las atenciones de su patrimonio*”.

La administración de los bienes está suministrada a la inspección y fiscalización judicial. Para desempeñar algunos negocios jurídicos deberán los guardadores tener una autorización judicial, por lo tanto, no podrán: dar, vender o enajenar los bienes de raíz, y

¹⁹⁰FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Benedito. *op. cit.*, p. 724.

aún menciona que los tutores no deben enajenar los bienes de los huérfanos, solamente si fuera de gran necesidad y mediante el otorgamiento del juez del lugar.

La Ley 21 de las Partidas menciona que al concluir el cargo el tutor tiene la obligación de rendir cuentas o *“buena cuenta”* y el tutor deberá entregar al pupilo o al curador los bienes que estaban bajo su guarda. También están obligados a ejercer esta obligación los fiadores y sus herederos, en caso de que no lo hagan los bienes del tutor responden por ésta ausencia. La ley 23, tít. XIII, Part. 5ª determina que: *“los bienes de los guardadores de los huérfanos que son menores de veinticinco años, fincan todavía obligados á aquellos que los tienen en guarda, desde el día que comezaran á usar del oficio de la guarda, fasta que les den cuentas é recabdo de las cosas que tovieren dellos”*¹⁹¹.

Sobre la obligación de rendir cuentas la Dra. Eva MARTÍNEZ GALLEGO expresa que Las Partidas retornan al sistema romano de dualidad de instituciones de guarda —Tutela y Curatela— aunque en ellas coexisten ciertos elementos germánicos. Entiende la norma, que en todo caso, fuere cual fuere el motivo por el que cesó la Tutela, el tutor deberá de rendir cuentas de su gestión al huérfano. No olvidemos que en este momento la Tutela no recae sobre incapaces; únicamente se recoge la figura de estos menores huérfanos de padres, no pareciendo tener en cuenta la posibilidad de que éstos sí existan, pero se encuentren privados del ejercicio de la patria potestad. Del mismo modo y al encontrar que las normas sobre la rendición de cuentas en las Partidas se refieren a los guardadores, es lógico pensar que la rendición de cuentas también deberá llevarla a cabo el curador. Esta idea subsistió en el siglo XV, como lo prueban distintos documentos en los que se recoge que tras realizar juramento de llevar a cabo la administración como buena y leal tutora, se obliga a una vez terminada la Tutela a dar buena cuenta de los bienes tomando por referencia el inventario realizado¹⁹².

¹⁹¹ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Benedito. *op. cit.*, p. 750.

¹⁹² MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María, *op. cit.*, pp. 218, 219.

2.2.4. Término de la Tutela.

La Ley XXI, determina por cuánto tiempo debe durar la guarda y los motivos que dan origen a la extinción de la Tutela: *“Durar debe el oficio de los guardadores, hasta que los huérfanos sean de edad de catorze años, si fueran varones; e si fueren mujeres que sean de doze. Otrosi se acaba tal guarda, como esta, por muerte, o por desterramiento del guardador, o del huérfano. Esto mismo seria si tornarsse en feruidumbre, catiuassen a qualquier dellos. E aun dezimos que si alguno fuesse dado por guardador a tiempo cierto, o so condición, que se acaba tal guarda cumpliéndose el tiempo: o falleciendo la condición. Otrosi dezimos que se acabaría tal guarda como esta, si porfijasen al huérfano, o al guardador, seyendo de aquellos guardadores que son llamados legitimos. E aun se acabaría quado el guardador se escusasse de lo ser, por alguna razón derecha: o si le tirassen de la guarda por sospechoso. Pero en qualquier destas maneras sobre dichas que se acabe el oficio del guardador, tenuto es luego de dar buena cuenta e verdadera de todos los bienes del huérfano, también mueble como rayz, e entregarlo a el mismo, e a su guardador que es llamado curator. E para esto cumplir, es obligado tan bien el guardador, como sus fiadores, e sus herederos, e todos sus bienes al huérfano, e a sus herederos”*¹⁹³.

Se comprende que los motivos que daban origen al termino de la Tutela básicamente eran: muerte o bien del tutor o bien del pupilo, llegada del pupilo a la pubertad cuando pasaría a la guarda de la Curatela, la adopción o arrogación y la interdicción civil.

¹⁹³ LOPEZ Gregorio, óp. cit., Las Siete Partidas, Sexta Partida, Titulo XVI, Ley XXI.

2.2.5. La curatela en las Partidas.

Características generales.

En latín se les denomina *Curatores* a aquellos a quienes les dan los mayores de catorce años y menores de veinticinco años, e incluso a los que fueran mayores locos o desmemoriados o incapaces¹⁹⁴.

Las Partidas lo regulan de la siguiente manera: *Curatores son llamados en latin aquellos que dan por guardadores los mayores de catorze años e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuesen mayores, seyedo locos o desmemoriado. Pero los que son en su acuerdo, no puede ser apremiados que reciba tales guardadores si no quisiere. Fuera ende si fiziessen demanda a alguno en juyzio, u otro la fiziessen a ellos. Los jugadores les pueden dar tales guardadores como estos. Otrosi dezimos , que el curador no debe ser dexado enel testameto, pero si fuere y puesto e el julgador entediere que es a pro del moço, debe lo confirmar. E aun dezimos que el huérfano que ha guardador, non le deven dar otro. Fuera ende, si aquel que lo tiene en guarda fuesse ome de mal recabo, o tal que, no pudiesse aliñar los bienes del huérfano, o se enfermasse, o ouiesse de yr en romeria, o en otro grande camino. Ca entonces, puede le dar otro guardador que lo guarde en lugar de aquel dizen en latin curator”*.

Se ha de reconocer que hay flexibilidad en esta misma Ley, pues concede la opción al huérfano de no aceptar al guardador y solicitar el nombramiento de otra persona al juez. Esta es la posición legislativa adoptada actualmente por el derecho alemán. Todavía está explícita en Las Partidas la manera superficial e insuficiente sobre la Curatela destinada a los desmemoriados. Lo contrario sucede con los menores, a los cuales se les concede un amplio respaldo legal. En este contexto, el Título XIX de Las Partidas determina la forma en que deben ser protegidos los menores ante daños a través de la institución de la *restitutio in integrum*.

Una característica de Las Partidas, como hemos mencionado anteriormente, es el intento de proteger a los huérfanos. Así pues, establece cuales personas no pueden ser

¹⁹⁴ *Ídem*. Título XVI, Ley 13.

designadas guardadores y, entre ellos, menciona a los obispos y demás eclesiásticos, los deudores de los menores o incapacitados, los militares, los recaudadores de tributos, los sordos y los mudos, o aquellos que tuvieran un litigio con el padre del huérfano.

No se observa en Las Partidas una característica inminentemente patrimonial de la Curatela como ocurre en el derecho romano. Se aprecia una preocupación por parte del gobierno, a través del curador, con la persona del huérfano, con su educación y su formación. En este sentido, la Sexta Partida, Ley XVII, expresa que el guardador en nombre del huérfano debe demandar y defender el derecho de aquel a quien guarda y en todo pleito debe estar presente para asistir el menor o enfermo cuando necesite de su protección.

Asimismo, determina la manera en que el guardador debe administrar los bienes del huérfano. Esta ley establece la obligación del curador de emplear el dinero heredado en beneficio del menor, de darle instrucción y educación, de enseñarle un trabajo para su profesionalización, esto es, debe ofrecerle la asistencia básica, darle de comer, de vestir, proporcionarle una vida digna e íntegra. De la misma forma, establece los medios de fiscalización y de remoción del curador por sospechoso.

Las Partidas expresan que: *“De las razones deben ser sacados los huérfanos y sus bienes de mano de sus guardadores por razón de sospecha que hayan contra ellos y determina: Sospechas grandes nacen contra los hombres que tienen los huérfanos, y sus bienes en guarda, de manera que los parientes y los otros que aman la pro de los menores, recelándose que no les venga daño de aquellos que los deben guardar se han a mover para mostrar razones porque deben los huérfanos ser sacados de poder de ellos”*¹⁹⁵.

Nótese que en aquella época existía una efectiva fiscalización sobre el cargo de curador: el Estado, a través de los Jueces; la población, a través de la denuncia, bajo la supervisión y control de la familia del huérfano. Las sospechas podían instar un proceso judicial donde el Estado intervenía directamente a través de un procedimiento de jurisdicción contenciosa, pero el Juez de oficio podía alejar del cargo al curador y darle al huérfano otro guardador hasta que el proceso de remoción concluyera.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

*“Tollido seyendo el guardador del huérfano, de la guarda del huérfano por sospechoso, por alguno engano que le hecho en sus bienes: dezimos que siga enfamado porende por siempre debe pechar el daño que fizo al huérfano segund aluedrio del julgador, mas si fuera removido de la guarda non por engano que hubiera fecho a fabienda mas, poque fuera ome perezoso, o de mal recabdo, pero deven dar luego alguno ome bueno que guarde al moço a sus bienes en lugar del otro”*¹⁹⁶. Las Partidas basadas en los motivos expuestos autorizan el cambio del guardador, bajo la condición de que no se quede el huérfano sin curador, pero el curador antiguo deberá rendir cuentas ante el nombramiento de un nuevo guardador.

La acción judicial se realizaba a través de la *restitutio in integrum* o la demanda de entrega, esto es, se trata de una acción por la que el menor solicita una reparación por un daño que ha sufrido, por razón de su edad, o causado por su guardador o abogado. El menor realiza la petición al Juez ordinario para que revoque en juicio el acto que le causó el daño y las cosas retornen al *status quo*. El plazo de prescripción de esta acción era de cuatro años desde que el sometido tomaba conocimiento del acto¹⁹⁷.

Las Partidas no admitieron nombrar curador en testamento. Si permitió, en cambio, que los padres o extraños lo nombrasen mediante la ratificación del Juez, pero el menor podría oponerse y, si el juez aceptase, podría substituir al curador. No habiendo curador nombrado, se admitía la Curatela dativa y a este respecto ratifica Cristina MARTÍN CALERO que: *“Curatela ad bona dativa; no habiendo curador nombrado por el padre, madre, o persona que instituía el menor como heredero, el menor designará la persona que ha de desempeñar este cargo, por comparecencia que suscribirá. Se la persona nombrada no reuniere las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento y solicitar al menor que nombre otro en su lugar”*¹⁹⁸.

La Curatela testamentaria admitía a los locos y desmemoriados. Los padres podrían nombrar personas para cuidar del enfermo. En la Curatela legítima, el nombramiento podría recaer en el padre, el abuelo o los hermanos, pues los hombres tenían preferencia sobre las mujeres; en la Curatela dativa, que era subsidiaria de las demás, el Juez nombraba al pariente más próximo del incapaz y que mantuviese una

¹⁹⁶Glosadas por LÓPEZ, Gregorio. óp. cit. VI, 18, ley 3.

¹⁹⁷ *Ídem*. Título XIX, Ley 8.

¹⁹⁸ CALERO MARTIN GUILLARTE, Cristina. óp. cit., p. 36.

buena relación con éste. El Juez debería nombrar a una persona que consideraba que podría desempeñar bien la representación del huérfano o del incapaz en el cargo de curador, tanto que, conforme hemos señalado, para los menores púberes existe la opción de que ellos mismos indiquen la persona que desease para ejercer el cargo.

Hay que enfatizar que desde aquella época existe una concienciación de la protección de la persona del menor. No es así para el caso de los enfermos que son tratados por la Ley de forma superficial e insuficiente.

Durante el ejercicio de la Curatela, si la conducta del guardador demuestra que no desempeña bien su cargo y que puede perjudicar a la persona o a los bienes del menor o incapacitado, debe ser sustituido. Para ello, concede la acción pública en interés de los menores, pero obliga a la madre, a la abuela, hermana o a la nodriza del pupilo a comunicar el hecho sospechoso al juez para que este pueda proceder de oficio a la remoción del tutor. Mientras esté pendiente la acusación, se nombrará a un guardador que vele por los intereses del huérfano y que le defienda.

Cristina MARTÍN afirma que: *“La remoción no puede ser llevada a efecto por un acto de jurisdicción voluntaria, sino que es indispensable oírlos y vencerlos en juicio”*¹⁹⁹.

En conclusión y aunque demuestre, a nuestro entender, ser una legislación protectora para aquéllos que se encontraban bajo Curatela, Las Partidas dejan, a nuestro juicio, imprecisiones en cuanto a la manera en la que se ejercía, especialmente, en lo relativo al procedimiento de la Curatela para los enfermos.

2.2.6. Obligaciones legales del Curador

La primera obligación legal al entrar en el cargo era la realización del inventario de los bienes dejados al huérfano. Para la Dra. Eva Gallego ésta exigencia *“consistía*

¹⁹⁹ *idem* p. 43.

tanto un medio preventivo para determinar la responsabilidad del administrador, como un medio probatorio de la diligencia con que la ha ejercido éste su cargo”²⁰⁰.

Se trataba de una condición legal en Las Partidas a la que el guardador estaba obligado antes de recibir los bienes por la Curatela. La ley expresaba que, para tal fin, se debía efectuar un inventario de todas las pertenencias de los huérfanos, siendo un acto oficial y público realizado por el escribano y ratificado por el juez. Los curadores estaban obligados, asimismo, a la prestación de fianza y del juramento.

Las Leyes XIII y XV determinan que si no se cumple con lo anterior, el curador puede suprimirse de sus funciones por ser considerado sospechoso. Durante la Curatela el guardador tiene la obligación de cuidar de los bienes y de la persona del menor o incapaces. Como ya hemos señalado en líneas anteriores, los curadores tenían que velar por el patrimonio del menor o de los incapaces y proporcionales una vida integra, proveerlos de lo necesario para su manutención, educación y tratamiento, como un bueno padre de familia.

Además, conforme hemos afirmado, les correspondía representarlos y defenderlos judicialmente y extrajudicialmente.

Aparte de todo lo anterior, hay que rendir cuentas al huérfano de todos los bienes. No obstante, hay que señalar que la norma no expresa la periodicidad con la que ésta rendición de cuentas debe producirse. Cuando la Curatela se extingue, el guardador tiene la obligación de entregar todos los bienes al huérfano o a sus herederos y hacer la debida rendición de cuentas.

2.2.7. Extinción de la Curatela:

Las causas de extinción de la Curatela son: (a) la muerte del huérfano o del curador, (b) el destierro del guardador o del huérfano, (c) la extinción por algunas de las condiciones expuestas en la guarda. En el caso de los menores púberes esto sucede con la llegada de su mayoría de edad o si se eliminase la guarda del curador por sospechoso, especialmente al cesar la incapacidad física o psíquica que originó la Curatela.

²⁰⁰ MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María. óp. cit., p.170.

2.3. Figuras de Guarda en el Código Civil Español de 1889.

El Código Civil Español estuvo influenciado por el Código Civil Francés, o *code napoléonico*. Este evento, harto complejo y cuya relación escapa a los límites de este trabajo, produjo una fusión de las instituciones de la Tutela y la Curatela. Permaneciendo nominalmente la Tutela, su alcance pasó a abarcar situaciones heterogéneas como la minoridad, la locura o demencia, el estado sordomudo, la prodigalidad, entre otras. Asimismo, una de las razones para la supresión de la segunda fue la estipulación de la mayoría fijada en los veinte años, a partir de la cual la persona deviene apta para la práctica de todos los actos civiles. Ésta razón justifica que la Curatela de menores pierda su función.

Las figuras de guarda estaban compuestas por el tutor, protutor y por un consejo de familia. La ley establecía que la Tutela se ejerciera por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia. La unificación Tutela/Curatela deja una confusa variedad de instituciones pupilares de difícil sistematización. Hecho que juzga la Dra. Eva GALLEGO en los siguientes términos: *“Esta unificación fue muy criticada al existir grandes diferencias entre los supuestos que se regulan bajo la única forma de Tutela, generándose, de este modo, complicaciones en el funcionamiento de las Tutelas incompletas que surgían”*²⁰¹.

El tutor se quedaría a cargo de la obligación de proteger a la persona y a los bienes, o solamente a los bienes del pupilo, bajo la vigilancia del consejo de familia y del protutor, conforme hemos dicho et supra. El protutor cumplía la función de substituir al tutor en los casos de impedimento, o si hubiera intereses contradictorios entre pupilo y tutor. Asimismo, ejercía la vigilancia y fiscalización de los actos del tutor.

En lo que respecta al *consejo de familia*, dentro de las atribuciones estaba dar posesión de los tutores, resolver las excusas, incapacitación y remoción de los mismos, y en ausencia del tutor testamentario, designar a un tutor legítimo o dativo para el menor o incapaz. Tenía este órgano una gran influencia sobre el desempeño y las actividades

²⁰¹ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. óp. cit., p.220.

del tutor, quien ejercía un papel de mero ejecutor de las decisiones de aquel. Aunque gran parte de la doctrina pone en duda su eficacia²⁰².

De los anteriores planteamientos se deduce que la Tutela se basaba o codificaba con un contenido eminentemente familiar, teniendo al *consejo de familia* como un órgano de deliberación suprema, pero este órgano buscaba más los intereses patrimoniales de los familiares del Tutelado que la protección del pupilo o incapaz.

El Dr. Gabriel GARCÍA CANTERO señala que: “En 1965 [se] podría escribir que la realidad nos ofrece una situación en la que los consejos de familia no se reúnen más que en la sesión constitutiva ante el juez municipal o comarcal, y quizá cuando haya que librar alguna certificación del acuerdo necesario para algún acto, por ejemplo, para vender o para litigar. Pero incluso en esos casos muchas veces la sesión se simula y lo único que produce es una certificación”²⁰³.

Según se ha verificado, en aquel tiempo la protección institucional prácticamente no existía. Sea por los casos conocidos respecto de la ineficacia del consejo de familia o las irregularidades en la designación del tutor o, en general, el precario sistema destinado a salvaguardar los derechos de los incapacitados, se generaba una situación jurídica artificial en la que el interés se reducía a reglamentar alguna circunstancia jurídica en la que el discapacitado estuviese envuelto. El ordenamiento jurídico no parecía dar cabida a la eficacia del verdadero sentido de la figura de guarda.

Sobre esta disposición y este juicio VALVERDE Y VALVERDE califica que: “De este precepto se infiere que la Tutela como institución cuasi familiar, es supletoria de la patria potestad y se da para todos aquellos que no estando sometidos a la patria potestad, tienen un defecto de capacidad civil”²⁰⁴.

Aunque las instituciones de guarda tenían una característica eminentemente familiar, el código mencionaba la figura de la intervención judicial que, efectivamente, era una injerencia del Estado bajo la figura del *consejo de familia*. La legislación trata de forma muy superficial esta institución; pero se puede analizar que servía para inducir

²⁰² QUINTUS SCAEVOLA, Mucius. (1943): *Código Civil comentado y concordado extensamente por Francisco Ortega Lorca. T. V, Consejo de familia, emancipación y mayor de edad, registro del estado civil*, Madrid, Ed. Reus.

²⁰³ CANTERO GARCÍA, Gabriel. *Los principios de la nueva normativa de la Tutela*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Estudios sobre la Tutela, p. 92.

²⁰⁴ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. (1938): *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, Ed. Cuesta, p. 551.

una falsa apariencia de legalidad a los actos del *consejo de familia*. El juez tenía la obligación de intervenir cuando había una decisión del *consejo de familia* para la remoción del tutor y si esto originaba un litigio, a partir de este momento todos los actos practicados por el tutor están *subiudice* y necesitan de la ratificación del juez. Debería decidir el juez sobre los recursos interpuestos contra las decisiones del consejo de familia, así como realizar el registro de las Tutelas existentes.

Esta estructura mereció severas críticas de diversos autores, entre ellos de DÍEZ PICAZO, para quien: *“el sistema funcionó mal, fueran muy pocas las Tutelas organizadas. El mecanismo de la Tutela era demasiado complicado. La institución de la Tutela necesitaba de una reforma profunda; que para ello, podría pensarse en el abandono del sistema de Tutela familiar atribuyendo las funciones de inspección, vigilancia y dirección a los tribunales Tutelares de menores, ya en funcionamiento, aun manteniéndose el sistema de Tutela familiar, habría que pensar en mejorar su organización y su eficacia sobre todo a través de medidas que lo hicieran más sencillo”*²⁰⁵.

En esta ley, la incapacidad era casi un status estático aquello que sufría el procedimiento de interdicción, pues no había evaluación periódica ni graduación de la incapacidad. La revisión del estado de salud del enfermo prácticamente no existía.

A nuestro juicio el antiguo sistema de protección de incapaces existente hasta la publicación de la ley 13/1983, peca fundamentalmente por esta razón cuando no establece una graduación de la enfermedad de acuerdo con el nivel de discernimiento del enfermo, especialmente en relación con las enfermedades mentales.

Sobre el trámite parlamentario de la nueva Ley civil 13/1983 con relación a la antigua, menciona Rafael ZAPATERO GONZÁLEZ que: *“El representante del gobierno destacó en esta intervención, como una de las notas más relevantes del proyecto, la concepción de las funciones Tutelares como un deber, manifestando que la Tutela se configuraba como una especie de oficio, el cual va a tener por ello mismo rasgos característicos afines al derecho público”*²⁰⁶.

²⁰⁵ DÍEZ PICAZO, Luis. *Nota sobre la institución Tutelar*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, p.1385.

²⁰⁶ GONZÁLEZ ZAPATERO, Rafael. (1986): *Antecedentes y trámite parlamentario de la ley 13/1983*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Reus, p. 71.

Por lo tanto, la sociedad exigía cambios radicales en la estructura de guarda, que, efectivamente, demostraba un régimen de hecho que evidentemente no ofrecía ninguna garantía. En la realidad la Tutela no funcionaba sola, y sin otras instituciones de guarda era ineficaz, inoperante. Una Tutela eminentemente familiar no satisfacía los deseos de la sociedad. Se hacía necesario, obligatoriamente, la participación efectiva del Estado como órgano fiscalizador y protector. La Tutela familiar se convertiría en un instrumento incompleto, insuficiente, incapaz de suplir las carencias reales de la sociedad y el Estado tenía que, efectivamente, desempeñar su papel institucional de protección y vigilancia a través de un proyecto de ley eficaz.

Finalmente, había un convencimiento general por parte de los juristas de que la regulación de este Código Civil en cuanto a las figuras de guarda había fracasado y resultaba inoperante y extemporáneo. En este aspecto se hacía necesaria una reforma profunda en el ámbito del derecho de familia. Esto comenzó con la promulgación de las Leyes 11/1981 de 13 de mayo, que trata sobre filiación y patria potestad, y de la Ley 30/1981 de 7 de julio, modificativa de la regulación del matrimonio. Estas fueron el instrumento propulsor de la gran modificación del Código Civil en cuanto al derecho de familia, que posteriormente tomaría forma bajo la figura de la Ley 13 de Reforma del Código Civil, que trataremos a continuación.

2.4. Regulación de las figuras de guarda en la Ley 13 de 24 de octubre 1983.

Conforme hemos dicho, la sociedad española que se abría a los nuevos tiempos a partir de un marco democrático exigía cambios en la estructura de los instrumentos de protección, pues la antigua ley ya no abarcaba las carencias sociales. La reforma de la regulación de la Tutela se consideró de extrema necesidad por todos los sectores sociales, gozando de un amplio consenso social y político.

En esta ley se acentúa la intervención del Estado con el objetivo de garantizar el mejor cumplimiento de la función Tutelar. Estas alteraciones legislativas ocasionaron un gran avance en el derecho de familia y resulta bien recibido por los juristas, profesionales, opinión pública y por la comunidad en general. Como demuestran los estudiosos del tema en algunas consideraciones, como DÍEZ PICAZO, BERCOVITZ,

ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, entre otros, el cambio sociológico que inunda a toda la sociedad española no permitía más la continuación del antiguo sistema de guarda, por las siguientes razones²⁰⁷:

- *“Estatización: se produce una progresiva invasión del intervencionismo estatal en las relaciones familiares;*
- *Estrechamiento de la familia patriarcal: se tiende, progresivamente, a la familia conyugal, nuclear, reducida a los cónyuges y a sus hijos sometidos a la patria potestad;*
- *Proletarización: Actualmente, en el derecho de familia la fortuna parece contar menos que la persona con su fuerza de trabajo;*
- *Desencarnación: El elemento carnal o biológico ha perdido importancia en beneficio del psicológico y afectivo. La familia no es una red invisible tejida iure sanguinis, sino un medio educativo que no existe más que a condición de ser cotidianamente vivido;*
- *Democratización: Las relaciones de autoridad han ido dejando paso, poco a poco, a relaciones de reciprocidad;*
- *Ha de decirse que la sociedad actual, con menos prejuicios, con un nivel más elevado de bienestar, con preocupaciones sociales más a flor de piel, ha rescatado de la penumbra a una serie de personas indefensas, deficientes mentales, alcohólicos, toxicómanos, considerándolos, no como indeseables o peligrosos, sino necesitados de protección y cuidado de un modo particularmente acuciante”.*

La Ley 13/1983 restablece la figura de la Curatela y agrega la del defensor judicial, eliminando la del protutor y del consejo de familia. Las alteraciones más significativas de esta reforma fueron:

√ El cambio de la Tutela familiar por la Tutela de autoridad centrada en la figura del juez, que ha pasado a desempeñar un relevante papel en los procesos de incapacitación

²⁰⁷ *Apud* MORAJA, Arturo: (1985): *la incapacitación, la Tutela y sus formularios*. Ed. Bosch, Barcelona, p. 29.

asistido por el Ministerio Fiscal que he asumido la defensa y en algunas situaciones la representación de los menores o incapaces.

√ Las figuras de guarda pasan a dividirse entre: defensor judicial, la Tutela y la Curatela con la uniformización de las normas entre estas dos últimas instituciones en cuanto al nombramiento, la inhabilidad, excusa y remoción.

√ La Tutela se destina a: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido, los sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los menores no emancipados, los menores desamparados. La Curatela se aplica a: los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, los que hayan obtenido el beneficio de la mayoría edad y los declarados pródigos.

√ El defensor judicial es competente para actuar cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador, o en el caso de Tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado. También actúa, cuando en algún asunto exista enfrentamiento entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador.

Opina el Dr. Eduardo SERRANO ALONSO que: *“Esta diversidad de modos de protección, que introduce la reforma de 1983, ha sido alabada por un sector doctrinal, sin que las razones que se exponen y que también detalla el legislador me parezcan convincentes. En efecto en el fondo esa pluralidad de figuras; tutor, curador y defensor judicial, sólo se diferencian por la amplitud de las funciones que se le encomiendan en relación con el menor e incapaz que van desde las extensas del tutor a las reducidas del defensor judicial, pero salvo en esto todo el que se puede denominar su status jurídico es igual. Por lo que siendo facultad del juez la fijación de sus cometidos hubiese sido suficiente con una sola institución, el Tutor que tendría las competencias que para cada caso, fijase el juez: sobre la persona y bienes del menor o incapaz o sólo sobre la persona o bienes. El camino seguido por el legislador sólo en apariencia constituye una*

novedad, porque al final se trata de regular lo mismo varias veces pero con distintos nombres”²⁰⁸.

No compartimos la opinión del jurista, porque el sistema de protección legal exige una estructura vigorosa, con competencias específicas de cada figura de guarda y con a efectiva participación del Estado como instrumento fiscalizador, debido a la complejidad que lleva consigo la declaración de incapacitación de una persona.

Hay que individualizar y/o adecuar cada figura de protección a la realidad del caso concreto, con el objetivo de acrecentar el amparo. No se olvide que es efectivamente la finalidad de las figuras tuitivas, la guardia, el auxilio de personas que no se encuentran aptas a la práctica de ciertos actos, bien sea de carácter patrimonial o personal.

Un asunto realmente importante en esta ley fue la novedosa reglamentación del internamiento involuntario en los establecimientos psiquiátricos a los enfermos mentales. La finalidad del legislador con ello fue la de proporcionar una efectiva fiscalización y control del poder público sobre los internamientos, con el objetivo de evitar extrapolación o abusos por parte de los familiares quizá también en cuanto al abandono, en fin, preservar al sagrado derecho de libertad del enfermo.

Con relación al procedimiento adoptado por el art. 211 del CC y 763 de la LEC, compartimos la opinión la Dra. Sonia CALAZA LÓPEZ: *“El precepto 211 del CC predecesor inmediato del vigente artículo 763 de la LEC. Reconducía el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico a los trámites de jurisdicción voluntaria. El precepto art. 763 de la LEC, establece, sin embargo, un proceso contencioso sui generis en el que el juez, con la debida contradicción recabará, de manera ágil, todo el material probatorio que le resulte imprescindible para resolver, sin pérdida de garantías pero con la mayor celeridad posible sobre la conveniencia o inoportunidad del internamiento*”²⁰⁹.

²⁰⁸ SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*, Madrid, Ed. Edisofer, 2007, p. 566.

²⁰⁹ LÓPEZ CALAZA, Sonia: (2007): *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid, Ed.Iustel. p. 263.

La Ley 13/1983 de 24 de octubre, derogó expresamente el hasta entonces vigente Real Decreto de 1931, y modificó sustancialmente el ingreso forzoso en centros psiquiátricos, configurándose como una privación de libertad justificada por razones terapéuticas bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, siendo precisa la autorización previa, o en su caso, por razón de urgencia, la convalidación judicial posterior de cualquier tipo de ingreso psiquiátrico contra la voluntad del enfermo.

No obstante, la parquedad de la norma frente a la detallada regulación del Real Decreto de 1931 fue criticada por algunos autores, lo que puso de relieve las numerosas deficiencias de la nueva legislación, entre las que se mencionaron la falta de determinación de las causas o motivo que pueden dar lugar al internamiento, así como de las personas legitimadas para promover el internamiento y la que debe notificar al juez el internamiento de urgencia; la falta de regulación de los supuestos de finalización del internamiento, indefinición de lo que son internamientos voluntarios e involuntarios y la no determinación de los derechos de las personas durante la situación de internamiento²¹⁰. Pero sobre este asunto trataremos más detalladamente en un apartado específico al respecto.

Asimismo, prevé la Ley que existe la posibilidad de personas jurídicas como tutoras, ello de conformidad con el artículo 242 del CC. Este señala que las personas jurídica que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados pueden ejercer la Tutela.

Se admite así tanto a las personas jurídicas de derecho público o privado, tales como las entidades religiosas, las fundaciones, las asociaciones y homólogas. Estas en el ejercicio de la Tutela funcionarán bajo la fiscalización del Ministerio fiscal. Por su parte el artículo 251CC español —a nuestro modesto juicio un tanto polémico— admite que las personas jurídicas pueden excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la Tutela.

Sobre esta posibilidad Cristóbal FÁBREGA RUIZ afirma que: *“La Tutela de las personas jurídicas es una posibilidad introducida por la reforma de 1983, la parca regulación jurídica de las mismas en el CC, y el peligro que presentan de dar una*

²¹⁰ GRANDA GONZÁLEZ, Piedad (2009): *Régimen Jurídico de protección de la Discapacidad por enfermedad mental*, Madrid, Ed. Reus. p. 160.

ilusoria sensación de seguridad, sobre todo, cuando son públicas, desresponsabilizando al cuerpo social del problema, y por el peligro de burocratización que conlleva, ha supuesto un importante instrumento de protección Tutelar para aquellos incapacitados que carecen de parientes, o éstos no son idóneos o están imposibilitados para ejercer el cargo”²¹¹.

Por otra parte la reforma del Código Civil admite la pluralidad de tutores, en el sentido de que la persona que hace donación de bienes a favor de menores o incapaces designe uno o varios administradores para estos.

También se instituyó la patria potestad rehabilitada y prorrogada para los mayores incapaces, regulación muy bien aceptada entre los juristas “*porque la Tutela se basa en la desconfianza, mientras que la patria potestad se basa en la confianza*”²¹². Abundaremos en esto más detalladamente en el apartado específico.

Una innovación relevante fue la institucionalización del **guardador de hecho**, a través del artículo 304 que establece que: *Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*. Este artículo es una explícita demostración del principio del mejor interés del incapaz.

También a través de la introducción de la novedosa *guarda de hecho* se busco reglamentar situaciones informales. Además, la reforma tenía que legalizar las situaciones reales, prácticas que ya existían pero sin estar debidamente normalizadas. Para Rodrigo BERCOVITZ CANO: “*esta construcción de la Tutela de hecho se recibe por nuestra doctrina, que supera así un tratamiento de semejantes supuestos a través de la regulación de la gestión de negocios ajenos. (...) nuestro país se pretende alcanzar el mismo efecto de una mejor protección de la persona sometida a la Tutela de hecho, estableciendo para ello las mismas consecuencias: sometimiento del tutor de hecho a los deberes de la Tutela, ineficacia de todos los actos del mismo que no sean de mera*

²¹¹ FÁBREGA RUIZ, Cristóbal. *op .cit.*, p. 55.

²¹² *Ibidem*, p. 16.

conservación del patrimonio del Tutelado y no reconocimiento a su favor de los derechos propios de un tutor legal”²¹³.

Finalmente, el art. 300 CC instituyó la innovación del defensor judicial, que sería nombrado por el juez y que tendrá por función intervenir para proteger los intereses de los menores e incapaces y amparar en todos los casos en que exista desavenencia entre el tutor o curador o el menor e incapaz. Las reglas referentes a la inhabilidad, excusa y remoción de los tutores y curadores también se aplican al defensor judicial.

En términos generales, éstas fueron las modificaciones más significativas en los regímenes de protección de incapaces implantados por la Ley 13 de 24 de octubre de 1983. En nuestro criterio en esta ley se observa el predominio de los intereses del menor e incapaz y de la aplicación de la norma más benéfica y apropiada para su auxilio.

La prioridad del bienestar de los menores o incapaces es un factor preponderante. Su preeminencia respecto de cualquier otro interés se ha exaltado enalteciendo la dignidad del incapaz o menor por su posición como individuo que necesita de apoyo, puesto que careciendo de amparo requiere de tratamiento especializado.

A tal respecto el art. 234 CC establece que: la delación de la Tutela y nombramiento del tutor, el juez podrá prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere, y acredite que se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor. Este artículo enaltece el principio del mejor interés del incapaz tan ampliamente decantado en los diversos ordenamientos jurídicos.

Para finalizar el capítulo y cerrar ésta exposición vamos a referirnos en la parte final a la evolución de las figuras de guarda en el derecho brasileño.

²¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. (2009): *Comentarios al Código Civil*, Navarra, ed. Thomson, pp. 460-461.

2.5. Figuras de guarda en el Código Brasileño de 1916 y en el de 2002.

Conviene hacer un breve relato sobre el camino legislativo del Código Civil Brasileño de 2002, para comprender mejor la regulación que contiene sobre este tema.

La sociedad brasileña de mediados del siglo XIX había cambiado de una sociedad agrícola para industrial. Se hacían necesarias modificaciones urgentes en la legislación y era condición imprescindible una nueva adecuación de la norma a los cambios de las costumbres, la emergencia de nuevas sensibilidades sociales asociadas a derechos y el estado de las carencias sociales. Por todo esto, el Código Civil de 1916 exigía actualizaciones inminentes.

Sobre tales transformaciones habla el jurista Miguel REALE lo siguiente: *“No creo sea necesario desenvolver argumentos justificadores de la manutención de la parte general del Código Civil, que es la tradición del derecho patrio, desde Teixeira de Freitas y Clovis Beviláqua, independientemente de las influencias del Código Alemán de 1900. Bastará recordar la resistencia opuesta por la gran mayoría de nuestros juristas, entre estos Maria Helena Diniz, Miguel Reale, cuando se quiso elaborar un código civil, muy restricto, sin la parte general destinada a fijar los parámetros del ordenamiento jurídico civil. Es la parte general del Código la que establece las normas sobre las personas y los derechos de la personalidad, que están en la base de las soluciones normativas después objeto de la parte especial del Código. Merece elogios esas providencias de incluir disposiciones sobre los derechos de la personalidad, una vez que la persona es el valor-fuente de todos los valores jurídicos”*²¹⁴.

El nuevo Código de 2002 buscó superar el apego al formalismo jurídico del Derecho tradicional portugués y de escuela *pandectista* y que fuera apropiado a las modificaciones impuestas por la sociedad actual.

Sin embargo, muchas de las innovaciones y de los avances más significativos, efectivamente, ocurrieron en el campo del derecho de familia, en los que hubo modificaciones sustanciales en las mentalidades sobre el nuevo paradigma en el derecho

²¹⁴ REALE, Miguel. (2003): *Novo Código Civil Brasileiro*, Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, p. 17.

de familia con la prioridad del afecto sobre las relaciones de parentesco o biológicas, con la instauración de la igualdad entre los cónyuges, cambiando la mentalidad de imposición del padre como la “cabeza de la familia”. El antiguo Código Civil expresaba textualmente en su art. 380 que: *“Los hijos, en cuanto menores, están sujetos al patrio poder, cuyo ejercicio cabe, durante el casamiento, primero al padre y, en su falta o impedimento a la madre”*.

Una de las modificaciones más significativas se refiere al derecho del nombramiento de tutores que ahora compete a los padres en conjunto. También se introdujo el principio de la autonomía de la voluntad para el menor, cuando éste tuviese 12 años cumplidos. En estos casos, este tendrá el derecho de ver considerada su opinión delante de la justicia en cuanto al nombramiento del tutor, exponer cómo debe y quiera que se proceda en su formación profesional, instrucción, educación, y en su pensamiento ser respetado como una persona en desarrollo.

Los tipos o especies de Tutela se mantiene inalterados entre las dos normas: testamentaria, legítima y dativa; pero según Washington de BARROS MONTEIRO: *“...de las tres especies de Tutela que acabamos de mencionar, los doctrinadores también se refieren a la Tutela irregular, en la que no hay propiamente nombramiento en forma legal, nada más que el supuesto tutor vela por el menor y por sus intereses, como si estuviera legítimamente investido del oficio Tutelar. Nuestro derecho no reconoce efectos jurídicos a esa Tutela, que no pasa, en último análisis, de una mera gestión de negocios ajenos”*²¹⁵.

La norma de 2002 no reglamentó estas relaciones de Tutela informal, la realidad práctica brasileña demuestra que se continúa como antes. No hubo una normalización de la Tutela; de hecho, en el nuevo ordenamiento jurídico, pero muy tímidamente menciona el art. 1.734 del Código Civil brasileño sobre la facultad que tienen las personas de cuidar voluntariamente de menores abandonados, conforme hemos referido de forma incompleta²¹⁶. Sobre ello conviene recordar a las palabras de PONTES DE MIRANDA cuando afirma que: *“Para que el juez otorgue un tutor al menor*

²¹⁵ MONTEIRO DE BARROS, Washington. (1976): *Curso de direito civil - Direito de família*, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 278.

²¹⁶ Art. 1.734 del Código Civil Brasileño: *Los menores abandonados tendrán tutores nombrados por el juez, o serán recogidos al establecimiento público para esto fin destinado y en la falta de estos establecimientos quedaran abajo la Tutela de las personas que voluntariamente y gratuitamente encargarse de su creación.*

abandonado, no es necesario que sea huérfano, basta que sus padres tengan incurrido en: abandono, inmoralidad, malas costumbres, castigos inmoderados, basta decaer del patrio poder. (...) la sentencia del entonces denominado Tribunal de la relación de Minas Gerais, a fecha de 22 de marzo de 1924, en la cual expresa la opinión de los juristas de la siguiente forma: Quien recoge el menor abandonado física y moralmente, o solamente moralmente de él debe cuidar gratuitamente merece ser nombrado tutor”²¹⁷.

Sobre nuestra realidad actual el Dr. Paulo LOBO, afirma que: “no hay determinación legal idéntica para la hipótesis de hermanos abandonados en abrigo de serles dado un único tutor, pues podrán quedarse en Tutelas distintas. El derecho se rinde a la realidad de la vida, porque las personas que aceptan voluntariamente la Tutela de estos niños con probable intención de adoptarlos, normalmente procuran apenas uno de los hermanos. Pero cada situación concreta puede indicar soluciones distintas según el principio del mejor interés del niño”²¹⁸.

Decisiva fue la abolición por la Constitución de 1988 —reiterada por el legislador del código civil de 2002— de la distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos, pues estos podrían ser naturales o espurios y el antiguo Código solamente reconocía a los hijos naturales. Con la nueva legislación todos los hijos pasaron a tener los mismos derechos sucesorios.

También supuso un gran avance en cuanto al reconocimiento de la unión de hecho entre hombre y mujeres como un núcleo familiar, incluso designa en el artículo 1.775 el cónyuge o compañero como curador del otro²¹⁹.

Retornando el objeto de nuestro trabajo, abordaremos brevemente las modificaciones instituidas por la nueva reglamentación para las figuras de guarda y protección: Tutela y Curatela. El *Tutor* es nombrado para menores en caso de falta de los padres, o bien con ocasión del fallecimiento de los padres o si estos desisten de la patria potestad. Y el *Curador* se mantiene para los mayores enfermos o deficientes

²¹⁷ MIRANDA DE PONTES. *Tratado de Derecho de Familia*. Actualizado por ALVES RODRIGUES, Vilson y coordinado por BONON, Maria do Carmo y por SANTANA, Edson. Ed. Campinas, Sao Paulo, p.336.

²¹⁸ LÔBO, Paulo. (2009): *Direito Civil- Famílias*, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 391.

²¹⁹ Art 1.775 del Código Civil Brasileño: *El cónyuge o el compañero no separado judicialmente o de facto es de derecho curador del otro, cuando interdicto.*

mentales, esto es a los mayores que no tengan discernimiento o que no puedan expresar su voluntad. El nuevo código creó la figura del *Protutor* cuyo objetivo es fiscalizar y acompañar los actos del tutor o del curador y mantener informada la justicia sobre las actuaciones del esto en el ejercicio de la Tutela.

El Código de 2002 expresa como obligación del tutor la administración de los bienes del menor en provecho de este, cumpliendo este deber con cuidado y buena fe. En lo que respecta al compromiso por los actos practicados durante la Tutela o Curatela, la nueva ley atribuye la responsabilidad solidaria a todas las personas que tenían por obligación vigilar las actividades del tutor, pero que no lo hicieran como se comprometerán. Con todo, si el pupilo tiene más de 16 años será responsable de la reparación civil en caso de daño causado para los terceros y el tutor, en tal caso, será solidariamente responsable.

Sobre esta cuestión afirma elocuentemente el Dr. Paulo LOBO: *“el tutor responde por todos los perjuicios que su administración causa al menor de edad; esta responsabilidad es subjetiva, dependiendo de prueba de su negligencia, imprudencia, impericia o dolo. Son solidariamente responsables por los daños causados por el tutor, el protutor y las personas que hayan concurrido en el perjuicio del menor. Pero la responsabilidad solidaria también es subjetiva pudiendo el protutor comprobar que no actuó con culpa o negligencia en el desempeño de su encargo de fiscalización del tutor. Más allá del tutor y del protutor la ley atribuye responsabilidad directa y personal al juez cuando actúa con descuido, inobservancia o desdén en el nombramiento del tutor y por lo tanto causar perjuicio al menor. Pero esta responsabilidad no es del Estado aunque el juez actúe en nombre de este, pues responderá este con sus propios bienes”*²²⁰.

La nueva ley conserva la prohibición de no admisión del nombramiento o designación de personas jurídicas como tutoras o curadoras. La excepción a la regla es la determinación del art.1.743 del CC Brasileño en las siguientes situaciones: *“cuando los bienes y la administración de estos exigieren conocimientos técnicos, fueren complejos o estuvieren situados en lugar lejos de la residencia del tutor o curador, siendo así, en estos casos el juez podrá delegar el ejercicio parcial a personas físicas o jurídicas”*.

²²⁰ LÔBO, Paulo. *op. cit.*, p.395.

También elimina la obligación de subasta pública para el arrendamiento de los bienes raíces y para la venta de bienes muebles, conservando la obligación de rendición de cuentas en el plazo de dos años. Sobre la rendición de cuentas, de inventarios de los bienes, en fin sobre las obligaciones de los guardadores durante la Tutela y Curatela, trataremos detalladamente en un apartado específico posteriormente.

Las mayores modificaciones se verifican en relación a la curatela que admitía varias especies: La curatela de los locos *o furiosi o mente capti*, se subdividía en las especies de neuróticos y psicóticos o de los sordo/mudos; y la la Curatela de los pródigos.

Actualmente ésta institución de guarda está destinada a los enfermos que por causa duradera no puedan externar su voluntad a los deficientes mentales, ebrios habituales y los adictos en drogas y pródigos, también a los no nacidos y al portador de deficiencia física.

Hay que señalar que en el nuevo Código Civil abolió el término peyorativo de “*locos de todos los géneros*”. Con sensatez el brasileño Raúl CAMARGO se refiere a esta expresión en el Código Civil Brasileño de 1916: “*Esta expresión, introducida en el código civil, fuera una resurrección infeliz. Adoptada en el código criminal de 1830, pero fuera repelida por el legislador en el código penal de 1890. No tiene por sí la tradición de nuestro derecho civil y en el mismo campo del derecho criminal sufriera formal repulsa. Ciertamente, el legislador del Código Civil no ponderó bien la gravedad del asunto, para hacer idea de la importancia que en la confección de una ley sobre incapacidad civil, tiene la cuestión de la terminología adoptada basta considerar lo siguiente: cuando adentró en discusión en el parlamento francés en 1914 la última ley sobre el régimen de los alienados, el ministro del interior en 7 de febrero de aquel año, dirigió una consulta sobre la modificación propuesta, que consistió en sustituir la expresión malades aliénés por la malades atteints d’affections mentales*”²²¹.

La regulación de la curatela establece la orden de preferencia entre aquellos que deben ejercerla: el cónyuge o compañero, el padre o la madre, los descendientes, y ante la falta de estos compete al juez hacer la designación de la persona más apta al cargo.

²²¹ CAMARGO, Raúl. *Loucos de todo o genero, criterio da incapacidade mental no Direito Civil*, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1921, Pág. 3.

La nueva ley obliga al curador a promover el tratamiento y la recuperación del ya interdicto, pero con relación a los enfermos mentales concede la opción de mantenerlos aislados en caso de no adaptación a las reglas sociales, conforme al art. 1.777 del Código Civil²²².

Lamentablemente, con relación al principio de la autonomía de voluntad y del mejor interés del incapaz, para nosotros, esta norma es totalmente contraria a los preceptos instituidos en las tendencias más recientes de la nueva política psiquiátrica mundial, que instituye la libertad como la regla y la excepción es el aislamiento, a través del internamiento, debiendo tenerse en cuenta las diferencias entre los discapacitados psíquicos de los incapacitados judicialmente por padecer una enfermedad de carácter psíquica que le impida el autogobierno.

En Brasil, los internamientos debidos a trastorno mentales en establecimientos psiquiátricos se reglamentan a través de ley 10.216/2001. Aunque ésta no trate de forma clara sobre la extinción de los “manicomios”, actualmente son muy escasos, pues la moderna medicina prefiere el tratamiento hecho en el ambulatorio o bien en el lugar doméstico, a fin de preservar una cierta independencia del enfermo. Se respetan los derechos fundamentales del enfermo, como un ser que necesita de ayuda y que su integridad ha de ser mantenida a todo precio.

Con todo y atendiendo a la precariedad de la realidad de las políticas de salud pública brasileña, más específicamente de aquellas asociadas a la salud mental, agravada de la falta de fiscalización, es preocupante que esta ley devenga en *letra muerta*. Efectivamente, no es descabellado afirmar que es muy probable que se estén violando los derechos y libertades de las personas que sufren de este tipo de enfermedad, si no se articula el procedimiento de incapacitación y se le nombra una figura de guarda según el grado de incapacitación que padezca.

Aunque se refiera a la realidad de España, con relación a la medida de internamiento conviene transcribir las enseñanzas de Nacis NADAL OLLER, que bien se adaptan a cualquier ordenamiento jurídico, cuando afirma que: “*la finalidad del internamiento no es otra que la protección de la persona evitando que en estas*

²²² Art. 1777: Los interditos: enfermos mentales que no tengan discernimiento; deficientes mentales, borrachos, adictos en tóxicos y aquellos que no tengan desenvolvimiento mental completo serán recogidos en establecimiento adecuado cuando no adaptaren al convivio domestico.

circunstancias, pueda ser objeto de explotación por terceras personas, incluso familiares. Esta protección apunta también a intentar anular o disminuir los trastornos psíquicos que padece la persona, así como evitar posibles perjuicios a la comunidad social. La excepcionalidad de los casos de internamiento de aplicarse conforme a la legalidad, alejan cualquier sospecha de inconstitucionalidad sin que ello suponga desconocer que por su propio significado su apreciación debe hacerse en justa medida y siempre bajo la vigilancia judicial”²²³.

En lo referente a la designación del curador, el procedimiento adoptado en el Código de Proceso Civil Brasileño es de jurisdicción voluntaria²²⁴, con la efectiva participación del Ministerio Fiscal y mediante laudo pericial sobre el estado del presunto interdicto, y laudo del facultativo sobre la graduación de la incapacidad. Al respecto, hablaremos exhaustivamente más adelante cuando trataremos sobre el procedimiento judicial de las figuras de guarda.

La nueva legislación Civil de 2002 enalteció el Ministerio Fiscal que podrá instar la interdicción en los casos que no fuera promovida por los padres o tutores, por el cónyuge o por la familia, y desde que la persona sufra de enfermedad mental grave. Por fin, la novedosa disposición expresada en el artículo 1780 CC brasileño²²⁵ determina que: al requerimiento del enfermo o portador de deficiencia física será nombrado curador para cuidar de sus negocios. El curador ejercerá la función de gestor de negocios ajenos, conforme la designación del enfermo, aunque este no sufriera interdicción.

Fue una tentativa del legislador introducir la independencia de la voluntad del enfermo, como la auto/tutela en el derecho español. Lamentablemente, un solo artículo es poco y no alcanzará la amplitud de la reglamentación de aquella.

Para concluir infelizmente el legislador brasileño perdió en el nuevo código civil una magnífica oportunidad de establecer procedimientos de efectiva protección a

²²³ OLLER NADAL, Nacís. *La incapacitación*. Barcelona Ed. Bosch, 1999, Pág.73.

²²⁴ Código de Processo Civil Brasileiro. Artículos 1.187 hasta 1.204 de la Ley 5.869 de 11 de enero de 1973.

²²⁵ Art. 1780 de la ley 10.406 de 10 de enero de 2002, el Código Civil: Al requerimiento del enfermo o portador de deficiencia, o en la imposibilidad de lo hacer cualquiera de las personas que se refiere el art. 1.768, será dado curador **para cuidar de todos o de algunos de sus negocios o bienes**. (La negrita y la traducción es nuestra)

los incapaces, especialmente en lo que se refiere a la protección patrimonial, cuestión que abordaremos posteriormente.

En el Capítulo siguiente hablaremos sobre el proceso de incapacitación e interdicción resaltando las peculiaridades de este procedimiento especial.

CAPÍTULO III

TENDENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DE INTERDICCIÓN EN BRASIL E INCAPACITACIÓN EN ESPAÑA.

En este Capítulo abordaremos los procedimientos de interdicción en Brasil y de incapacitación en España. Los procesos de incapacitación son formados a través de un procedimiento especial, *sui generis*, y viene demostrando en la actualidad transformaciones significativas hasta un cierto distanciamiento de los aspectos exageradamente formales, menos complejos, cuyo objetivo es aplicar lo más breve posible la medida de amparo, teniendo por principios rectores la economía —o la mejor relación coste/beneficio— y celeridad procesal, en procura siempre del beneficio y mejor interés del presunto incapaz, a través de su reintegración a la sociedad.

Estos procedimientos presentan unos caracteres especiales que los distancian de los demás procesos civiles. Se centran en la figura del juez, quien detenta el poder discrecional de actuar *ex officio* con relación con las pruebas y diligencias que entienda pertinentes, con la finalidad de demostrar inequívocamente la necesidad o no de la inserción del poder público en la vida del presunto incapaz.

En los asuntos relativos a la capacidad de las personas, existe un interés público que se sobrepone a los intereses individuales privados que participan en el proceso y se mezcla con ellos, impidiendo que éstos puedan disponer de su objeto. Sobre esta cuestión señala elocuentemente la Dra. Sonia LÓPEZ que: *“Ahora bien, la concisión o extensión de los pedimentos de la demanda no supondrá, en puridad, una mayor posibilidad de éxito, en cuanto al resultado del proceso, puesto que el juez, como es sabido, no se halla vinculado por las pretensiones y resistencias de las partes, pudiendo, incluso, dictar una resolución de incapacitación tanto por una causa distinta a la legada por el actor, como por una causa inexistente al tiempo de la interposición de la demanda y, por tanto, sobrevenida, en la salud mental del demandado, a lo largo del procedimiento”*²²⁶.

Nosotros entendemos que el proceso de incapacitación centrado en la figura del juez y la fiscalización del Ministerio Fiscal ha aumentado significativamente la protección de los derechos de las personas incapacitadas. Una mayor concientización de las instituciones públicas con respecto de su papel de protección y amparo de personas más vulnerables confieren credibilidad y seguridad, fortalecimiento a las institutos de protección.

²²⁶ LÓPEZ CALAZA, Sonia: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. ob.cit, pág. 140.

Actualmente, en la misma solicitud de interdicción e incapacitación se puede acumular la solicitud de interdicción y el nombramiento del tutor o curador.

Expondremos las características singulares de este procedimiento de incapacitación y de interdicción con relación a las fases procesales y sus peculiaridades más significantes.

3.1. El procedimiento de incapacitación en España. Legitimación y principios legales orientadores.

No se puede hablar sobre las peculiaridades del proceso de incapacitación sin antes dar cuenta de los principios que rigen. Y esto es así, puesto que como bien apunta la Dra. Paloma BARTHE: *“El Legislador sin embargo, no establece de manera clara estos principios. Se limita a regular en el Código Civil la incapacitación y en lo referente al procedimiento para llevarla a cabo, se remite al juicio de menor cuantía y, por lo tanto, implícitamente, a los principios que por regla general lo inspiran”*²²⁷.

Precisar y enumerar los principios orientadores en el procedimiento especial de incapacitación no es una tarea fácil, si bien, intentaremos ordenarla siguiendo como criterio apuntar aquellos más comentados por la doctrina actual. Estos son: legalidad, investigación de oficio o libre apreciación del juez, oficialidad, contradictorio, prevalencia del interés público y amplia defensa.

En primer lugar, analizaremos el **principio de la legalidad** que es el preludio de todos los ordenamientos jurídicos, puesto que como sabemos constituye el pedestal sobre el que descansan las normas subsiguientes. El artículo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil aduce como *Principio de legalidad procesal* que *“En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”*. De esta manera, aunque el juez disponga del poder discrecional, no podrá prescindir de determinados actos bajo la pena de que sean

²²⁷ LUBÉN BARTHE, Paloma García: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencia físicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, pág. 31.

considerados ilegales. Lo anterior es debido al acusado carácter de orden público que domina en los procesos sobre capacidad de las personas, carácter que ha de traducirse en un reforzamiento de las facultades del juzgador para velar por la regularidad jurídica.

El procedimiento de incapacitación está regido por el principio de legalidad, pues en caso contrario los actos judiciales pueden ser anulados. Por ejemplo, la amplia defensa, la participación del Ministerio Fiscal, el examen del enfermo por un especialista, el examen personal del presunto incapaz por el juez, son actos imprescindibles en un procedimiento judicial de incapacitación. Así, como señala, Cristina Martín Calero: *“El examen del presunto incapaz lleva al más absoluto respeto del derecho de defensa del presunto incapaz, evitando así toda posibilidad de indefensión”*²²⁸.

Conviene transcribir parte de la polémica sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid el 30 de abril de 2008 que menciona, no obstante, que la ausencia del Ministerio Fiscal no es motivo de nulidad del proceso. En el recurso de apelación, la nieta de la presunta incapaz solicita la nulidad del proceso de incapacitación por falta de requisitos legales, como son la ausencia del Ministerio Fiscal en una audiencia ocurrida durante el proceso, también por no haberla oído, ya que es nieta y, por lo tanto, se encuentra dentro de los parientes cercanos de la presunta incapaz. Al juzgar el recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Madrid decide mantener integralmente la sentencia de primer grado y ello por las siguientes razones, justifica la falta del Ministerio Fiscal por el colapso laboral de la sede de la propia fiscalía, menciona que la falta de comparecencia del Ministerio Fiscal no puede implicar en el desconocimiento puntual de lo actuado, ni en nada se haya perjudicado con tal motivo a la recurrente.

Con relación a la alegación de no haber oído a los parientes más cercanos se expresa la Audiencia de la siguiente manera: el hecho de no haberse oído a la nieta de la declarada incapaz puede determinar la anulación de las actuaciones practicadas en la instancia, cuando se ha dado cumplimiento eficaz a lo dispuesto en el artículo 759.1 de la LECiv, puesto que el tribunal de origen ha oído a los dos únicos hijos de la demandada, de manera que vienen suficientemente cubiertos cuantos requisitos de procedibilidad se contemplan por la norma, puesto que lo que exige el precepto

²²⁸ CALERO MARTIN GUILARTE, Cristina: *La Curatela en el Nuevo Sistema de Capacidad Graduable*. op.cit, pág.262.

mencionado es que el tribunal oiga a los parientes más próximos, que es exactamente lo que se ha hecho en la instancia.

Finalmente decide el Tribunal resuelve desestimar el Recurso: *“Conforme a ello y a la luz de las actuaciones, examinadas estas con detalle, ha de ser desestimado el recurso, con íntegra confirmación de la resolución disidente, que es absolutamente correcta, como ajustada al ordenamiento jurídico, sin que se pruebe en esta alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos o de aplicación o interpretación de la norma en vigor”*²²⁹.

A este respecto, debemos realizar algunas observaciones personales, pues no compartimos comparto el posicionamiento del Tribunal, especialmente fundado en el carácter de orden público que domina en los procesos sobre capacidad de las personas. Carácter que ha de traducirse en un reforzamiento de las facultades del juzgador para velar por su regularidad. En consecuencia, creemos que no es posible excluir dos importantes actos como lo son la participación efectiva del Ministerio Fiscal y la audiencia de los parientes o personas que tengan convivencia con el presunto incapaz. Tal como se ha visto anteriormente, este procedimiento aunque esté regido por el derecho privado, presenta características singulares que lo remiten al derecho público, como lo es la salvaguarda y mantenimiento del orden social. Este es un hecho que claramente lo diferencia de los demás procesos civiles: la amplia inserción del Estado como agente fiscalizador y protector. Es decir, en estos procedimientos en la medida que deben enjuiciar sobre el estado civil de las personas, resulta inexorablemente superior la dimensión interventora del Estado en procura del resguardo del orden social; en consecuencia, se subordinan a él los arreglos convenidos que se han realizado en el marco del derecho privado.

La efectiva presencia del Ministerio Fiscal se torna imprescindible a nuestro criterio y ello a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución española y a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuyo artículo 749 determina que: 1. *En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación*

²²⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 502/2008 de 30 abril AC 2008\1429.

de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

De la misma manera, estimamos insoslayable la audiencia de los parientes que no se restringe a los más cercanos. *El juez oirá a los parientes más próximos*, dicta la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que quiere decir no solamente aquellos parientes que pleitean el cargo de tutor o de curador, sino a todas las personas que tengan convivencia contemporánea con el presunto incapaz, incluso aunque no tuvieran lazos de sangre, pues en estos actos judiciales el poder inquisitivo se sobrepone a las evidencias.

Respecto al **principio de legalidad**, conviene citar el posicionamiento del Tribunal Constitucional a través de una decisión que trata específicamente sobre este tema. Señala que *“Por otra parte, y ya en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, este Tribunal ha puesto de manifiesto que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (LEG 1948, 1), lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al artículo 24.2 CE (por todas, STC 174/2002, de 9 de octubre [RTC 2002, 174] , F. 5)²³⁰.*

En lo que se refiere al **principio de la investigación de oficio o de la libre apreciación de las pruebas**, el órgano jurisdiccional establece que el juez estará vinculado en estos procesos no solamente en el interrogatorio de las partes, en la

²³⁰ Tribunal Constitucional (Sala Primera) .Sentencia núm. 7/2011 de 14 febrero RTC 2011\7.

revisión de los documentos públicos o documentos privados, antes bien, tiene la investidura y la potestad judicial de decretar de oficio –si lo estima conveniente– las pruebas que estime pertinentes para la elucidación de la verdad. De esta manera lo corrobora acertadamente el artículo 208 del Código Civil, que concede al juez amplio poder investigador para practicar todas las pruebas que juzgue necesarias en la búsqueda de la tan verdad material. Por esto, diversos autores hacen la observación de que en esta materia hay un cierto alejamiento del proceso civil y una cercanía del proceso penal o del derecho público²³¹.

Los autores Andrés de la OLIVA y Miguel Ángel FERNÁNDEZ exponen: *“Lograr un equilibrio adecuado en la defensa de este complejo conjunto de intereses públicos no es nada fácil. Para conseguirlo, el Legislador tiene que apoyarse de un lado en la fuerza impulsora del Ministerio Fiscal y, de otro, en el ponderado criterio de los jueces de cuya prudencia, independencia y desinterés objetivo, cabe esperar la consecución en el caso concreto del equilibrio de aquéllos intereses”*²³².

A nuestro juicio, en estos procesos el juez goza del poder discrecional de modificar los hechos determinantes de la demanda sin incurrir en vicios, puede deliberar tantas diligencias como sean necesarias para la elucidación de la verdad sin el peligro de juzgar *extra petita*.

Conviene analizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona²³³ el 05 de febrero de 2003 que el juez de 1ª instancia en lo que él, aunque no prescinde de las pruebas de la audiencia de los parientes más próximos, deja de oír a una de las hijas de la presunta incapaz. Menciona textualmente el Tribunal que es obligación del órgano judicial para enjuiciar la pretensión de incapacitación que asuma activamente su función de indagar acerca de la verdad material en torno a la situación real del sujeto supuestamente enfermo o deficiente físico o psíquico y que ordene las comparecencias y los exámenes que indica la norma, así como los dictámenes periciales idóneos. De forma que es cierto que existe una clara diferencia de posiciones entre las hijas de las partes, una de las cuales instó la incapacitación de su madre, otra fue nombrada

²³¹ Los autores que expresan esto pensamiento son Cristina Guillarte MARTÍN CALERO, Rafael Cabrera MERCATO, Paloma García LUBÉN BARTHE.

²³² DE LA OLIVA, A., y FERNÁNDEZ, M. A. (1990): *Derecho procesal Civil – IV*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 167.

²³³ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia de 5 febrero 2003. JUR\2003\141063.

curadora, y el hermano de ambas que no tiene relación con la primera, no habiéndose oído a la otra hermana, estimamos que se ha vulnerado claramente el precepto mencionado. Debido a esta falta, el Tribunal de apelación, declara nula la sentencia y manda sean repetidas las diligencias e incluso el examen del médico forense.

Asimismo, la sentencia expone en términos excepcionales la necesidad de respetar los rigores de este procedimiento de la siguiente manera: *“Nos encontramos ante un procedimiento de incapacitación que por afectar a la capacidad de obrar de las personas se da una quiebra de los principios dispositivo y de aportación de las personas, introduciendo el inquisitivo y la investigación de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, que deben llevar al proceso cualquier medio de prueba destinado a determinar la concurrencia o no de las circunstancias determinantes de la incapacidad, lo que trasciende el fallo evitando que el mismo incida en incongruencia, al entrar en juego tanto los intereses privados del presunto incapaz como los públicos que los defienden, y de ahí la actuación del Ministerio Fiscal en todo caso, ya como parte, ya como interviniente, velando siempre por la legalidad y el interés público o social; pero la búsqueda de la verdad material y la libertad concebida al juzgador en los términos expuestos, tendentes siempre a la garantía del justiciable, encuentran como refuerzo la obligatoriedad de que practique ciertas diligencias -art. 759 LEC.*

Compartimos la decisión del Tribunal. Los tres prerequisites básicos que se mencionan constituyen para nosotros las mínimas para una adecuada valuación de la incapacidad, conforme lo expresa el art. 759 LEC, a saber: la escucha de los parientes, el examen visual y físico del incapaz, y la opinión de los peritos. Estas tres determinaciones legales son fundamentales para que el juez pueda apreciar de forma justa y pronunciarse sobre el estado de incapacidad y la graduación adecuada correspondiente. Efectivamente el juzgador en la sentencia supra narrada ha actuado con sensatez y conforme a los dictámenes legales.

Analizamos ahora el **principio de la oficialidad**. Para la imputación jurídica de un presunto incapaz, debe ser iniciado el debido proceso civil por los legitimados activos o por el Ministerio Fiscal. Lo que efectivamente se observa en España es que casi todos los procedimientos de incapacitación son solicitados por el Ministerio Fiscal, por lo que es un hecho común que los familiares acudan a sus órganos para requerir la providencia jurisdiccional. De este principio se derivan las características especiales del

procedimiento, tales como la indisponibilidad del proceso por las partes, las prohibiciones de renuncia, transacción y de allanamiento de la demanda.

A través de este principio se transferir la decisión de tornar una persona incapacitada al juez que lo hará por intermedio de una sentencia constitutiva.

Respecto de los **principios del contradictorio y amplia defensa** señalamos un breve apunte. Para CARNELUTTI en los procesos de incapacitación no hay partes. Dirá este autor italiano que en el proceso de incapacitación, *la contradicción es ficticia y las partes están situadas ante el juez artificialmente; se trata, en suma, de partes en sentido formal, en cuanto sujetos aparentes del proceso, no de partes en sentido sustancial en cuanto son titulares de intereses contrapuestos*²³⁴.

Sobre esta cuestión, estimamos de manera contraria al autor que en el procedimiento de incapacitación hay partes y que también se forma el principio del contradictorio. Abundemos en nuestro planteamiento.

La Dra. Paloma LUMEN BURTHE afirma que: *“Una vez solventada esta cuestión por la Ley 13/83 que remite la declaración de incapacitación al juicio de menor cuantía, de naturaleza claramente contenciosa, aún queda un sector doctrinal que sigue negando la existencia de partes en estos procesos, debido a la utilización de un concepto de partes ligado a la titularidad de la relación jurídica o del interés jurídico material deducidos en juicio, o bien, relacionado con la necesaria contraposición de intereses que debe según ellos existir entre quienes instan el proceso y quienes son demandados en él”*²³⁵. Opinión que compartimos.

Para nosotros estos procesos son reglamentados por los principios del contradictorio y de la amplia defensa, el presunto incapaz se hallar que hay vulneración de sus derechos, tiene la legitimación para tanto instar su propia incapacitación cuanto para se oponer a ella.

Para contraponer el posicionamiento de *Carnelutti*, nada mejor que exponer un caso concreto relatado a través de una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha de 14 de febrero de 2011. Esta interesante sentencia relata el hecho de que el presunto

²³⁴ MERCADO CABRERA, R., (1998): *El proceso de incapacitación*, Madrid, Ed. McGraw, pág.89. Cita el posicionamiento de CARNELUTTI.

²³⁵ LUBÉN Barthe Paloma: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencia físicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva ley de enjuiciamiento*. op.cit. pág. 51.

incapaz se encuentra preso, y la solicitud de incapacitación fue requerida por el Ministerio Fiscal que solicitó que fuera nombrada como tutora la Agencia Madrileña para Tutela de Adultos. El presunto incapaz interpone recurso de amparo contra la sentencia de incapacitación, señalando que no necesitaba la tutela de ningún organismo pues se encontraba perfectamente capaz de gobernar su persona y sus bienes, también solicita el nombramiento de un abogado para proceder a su defensa. En esto proceso hay un gran equivoco con relación al derecho de defensa. Conste que le fuera notificada dicha convocatoria, se acordó declarar incapaz al recurrente y nombrar tutor a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, sin le dar oportunidad de ejercer su defensa. El recurrente comunicó al Juzgado no estar de acuerdo con la incapacitación y haber solicitado al Colegio de Abogados de Madrid el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para recurrir de la Sentencia, que nunca fuera oído en el proceso. Aduce el recurrente: que las resoluciones impugnadas han vulnerado, en primer lugar, sus derechos a la defensa, asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías, ya que en los diversos escritos remitidos al Juzgado se evidenciaba la intención de personarse en el procedimiento para oponerse a la pretensión de incapacitación, sin que se le hubieran designado profesionales del turno del oficio y sin que resultara suficiente la designación de defensor judicial al existir un conflicto de intereses.

La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos presentó sus alegaciones destacando que en el procedimiento judicial consta una causa de incapacitación, sin perjuicio de que el demandado hubiera podido personarse en los indicados autos de incapacitación mediante su propia defensa y representación, ya en primera instancia o ya en sede de recurso. Finalmente, el Tribunal se expresa de la siguiente manera: que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia, que debe ser reconocido no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión. Por otra parte, y ya en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, este Tribunal ha puesto de manifiesto que el derecho a la personalidad jurídica del ser

humano, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad. En conclusión decide el Tribunal, reconocer que hubo vulneración del derecho de la amplia defensa, una vez que no fuera nombrado un defensor judicial, también no fuera realizado el examen del presunto incapaz por un médico especialista forense. Y decide: “...otorgar el amparo por la vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del recurrente, lo que determina, sin necesidad de entrar a analizar la vulneración aducida del derecho de acceso al recurso, la nulidad de las resoluciones dictadas por el Juzgado a partir de la providencia de 25 de mayo de 2005”²³⁶.

La difícil batalla jurídica de este hombre para mantener su capacidad de obrar es loable, pero más loable aún es que contara con un procedimiento judicial que le garantizara el derecho mínimo a ser oído. Efectivamente, en este proceso hay innumerables fallas y transgresiones al derecho de defensa y a otros derechos fundamentales. Los nombramientos de un procurador y de un abogado constituyen actos indefectibles. Son la garantía mínima de la aplicación de los más elementales derechos del presunto incapaz: ser examinado por el juez y por un facultativo. En estos procesos especiales resulta de suma importancia destacar la necesidad de mantener un procedimiento cauteloso, salvaguardar los derechos primordiales, la amplia defensa y el derecho al contradictorio.

Es cierto que el argumento que fundamenta este principio puede prestarse a dudas al presumir que siendo que el Estado ejerce un papel preponderante en estos procesos no ocurre el contradictorio. El legitimado, para instar el proceso de incapacitación requiere una tutela jurisdiccional ante un conflicto que puede afectar el ámbito público o social.

En estos procesos privados especiales, pero con características de derecho público, la participación efectiva del Ministerio Público que interviene en nombre del Estado para proteger sus ciudadanos, velar por la orden social y mantener la integridad de todos, es imprescindible. En este sentido, conviene mencionar el argumento que sostiene el Dr. Miguel Ángel Fernández: “El Estado tiene idéntico interés en que no se

²³⁶ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 7/2011 de 14 febrero RTC 2011\7.

queden privados de su capacidad de obrar aquellas personas que, a pesar de todas las apariencias, sí puede gobernarse por sí misma; y que les sea plenamente reintegrada su capacidad a aquellas personas que, anteriormente incapacitadas, ha devenido capaces”²³⁷.

Es tan grande la injerencia del poder público en estos procesos que efectivamente hay una confusión de los límites entre el derecho público y el derecho privado. El autor antes mencionado cuestiona el “derecho de acción” en estos procesos afirmando: *“Empezando por el propio concepto de acción, por tratarse de una tutela de intereses públicos, en el proceso de incapacitación no puede hablarse propiamente de “acción” a no ser que se quiera mantener el término otorgándole un contenido muy distinto al que tiene en cualquier proceso civil de objeto patrimonial. Como sabemos, acción es un derecho subjetivo público, afirmado por el demandante, a obtener una tutela de contenido determinado. Y, en este sentido, no es posible hablar de acción en el proceso de incapacitación, sencillamente porque a ninguno particular (no siquiera al presunto incapaz) atribuye el Ordenamiento Jurídico un derecho subjetivo a que los órganos jurisdiccionales incapaciten a otra persona. Adviértase, sin embargo, que lo dicho se refiere sólo al proceso de incapacitación en sentido propio. En el proceso de reintegración de la capacidad convive el interés público, siempre presente en esta materia, con un verdadero derecho subjetivo público del incapacitado a que se le reintegre su capacidad en el momento en que pueda gobernarse por sí mismo”*²³⁸.

Los principios son el sustentáculo para cualquier decisión jurídica bajo estos se formulan las leyes y de estos no se puede prescindir.

3.1.1 - Legitimación activa en los procedimientos de incapacitación:

El artículo 757 de la ley de enjuiciamiento civil determina. Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.

²³⁷ DE LA OLIVA, A. y FERNÁNDEZ, M. A., op. cit. págs. 166 y 167.

²³⁸ *Ibidem*.

1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.
2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.
3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.
4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.
5. La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto 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.

La Dra. Sonia CALAZA LÓPEZ sostiene que por *capacidad de conducción procesal o legitimación procesal* ha de entenderse “...la cualidad material que ha de concurrir en determinadas personas o grupos de personas para la interposición de la demanda o para la defensa frente a específicas pretensiones, a fin de que puedan constituirse, en proceso determinado como partes formales. En los procesos relativos a la capacidad de las personas, y excepción hecha del Ministerio Fiscal, (...) tan sólo ostentan la capacidad de conducción procesal las personas que se encuentran en la relación de parentesco, afectividad, o patria potestad requerida por la ley de enjuiciamiento civil”²³⁹.

La legislación pretende que la legitimación activa sea ejercida por el cónyuge, descendiente, ascendiente, hermano e, incluso por el propio presunto incapaz, conforme

²³⁹ CALAZA L., SONIA: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. op.cit. p. 123.

la ley 41/2003, que modifica el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz*”.

Como se advierte, el legislador prioriza a la familia nuclear, es decir a las personas que conviven efectivamente con el presunto incapaz. El objetivo es facilitar al juez el conocimiento sobre la enfermedad y, por consiguiente, establecer quien se encuentra apto para ejercer la tutela. Por excepción, el Ministerio Fiscal podrá ejercer dicha tutela frente a la inactividad de los parientes.

3.1.1.1. La legitimación de los parientes y del propio presunto incapaz:

Con relación a la legitimación activa, DIEZ PICAZO afirma que: “*Es tradicional la idea de que la defensa del patrimonio, en la medida en que es eventual objeto de traspaso a los presuntos herederos, constituye históricamente el móvil de la tutela. Y si la tutela moderna se mueve más en la línea de la guarda de la persona (cfr. art. 215), existe una relación estrecha entre legitimación para promover la incapacitación y obligaciones atinentes a la preservación de la esfera de la personalidad*”²⁴⁰.

El autor resalta, la influencia que aún prevalece sobre la relación que existe entre los legitimados a solicitar la incapacitación y sus derechos sucesorios. En efecto, el legislador vincula la vocación hereditaria con la legitimación activa, como si el objetivo de los legitimados también fuera el de salvaguardar algún bien jurídico-financiero sobre el cual el deficiente tenga derecho.

En el marco de las observaciones anteriores merece ser mencionada la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 2004 sobre la legitimación para instar la incapacitación promovido por la sobrina de tres tías presuntamente incapaces. Las presuntas incapaces tienen una hermana con residencia en Argentina que, sin embargo,

²⁴⁰ DIEZ PICAZO, L., y PONCE DE LEON (1986): *Comentarios a las Reformas de nacionalidad y Tutela. Ley 51/1982 de 13 de Julio de 1982. Ley 13/1983 de 24 de octubre de 1983*, pp. 182, 183.

no tenía conocimiento del proceso de incapacitación. En la primera instancia, el Tribunal opta por la aplicación del régimen de curatela como protección absoluta para el autogobierno patrimonial. En segunda instancia, el Tribunal se decanta por la sustitución de la curatela por la tutela y el nombramiento de un administrador para el patrimonio. A través de recurso de casación, las presuntas incapaces y el Ministerio Fiscal, en su carácter de defensor, solicitan la revocación de las decisiones, basándose en la falta de legitimación activa por parte de la sobrina, toda vez que existe una hermana viva de las presuntas incapaces, quien además se oponía radicalmente a la incapacitación.

El Tribunal decide que la demandante, sobrina carnal de las presuntas incapaces, carece legalmente de legitimación activa para pedir su incapacitación pues el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos es de configuración legal, como consecuencia, ha declarado el Tribunal Constitucional, que cabe su restricción normativa en determinadas materias por más que en la demanda se invoque, e incluso en el proceso se justifique, un interés que en abstracto pueda considerarse legítimo pero que la Ley no ha configurado como tal²⁴¹.

A este respecto debemos hacer algunas observaciones, especialmente porque modestamente discrepamos de este criterio. Disentimos de este posicionamiento puesto que, creemos que la ley no es un instrumento estático y tampoco puede ser objeto de un radicalismo exacerbado. *In casun* la sobrina solicita la protección jurídica para sus tías porque efectivamente es la persona que vive cerca de ellas y que comparte su día a día. El orden jerárquica establecida en la ley debe ponderar los matices de cada caso en particular, especialmente delante de la subjetividad de estos procedimientos. Para ejemplificar tales consideraciones conviene transcribir el posicionamiento de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 19 de Junio de 2007, pues este recurso tiene como parte apelante la hermana de la presunta incapaz, quien apelaba en contra de la decisión de la propia presunta incapaz, por una sustitución de las facultades, que la supuesta incapaz había otorgado a favor de su sobrino, en un poder general para realizar toda

²⁴¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 681/2004 de 7 julio RJ 2004\5104.

clase de actos y contratos de gestión administrativa, dominio y disposición, con las facultades que expresamente se recogían en el mismo. La apelante solicita la anulación del proceso de incapacitación, alegando que el sobrino a través de tal apoderamiento no tenía legitimación para requerir la incapacitación de la tía.

El Tribunal se posiciona de la siguiente manera que en el proceso no hay pruebas que acredite una mala gestión del patrimonio de la incapaz por parte del sobrino, y tampoco ningún conflicto a nivel personal de la incapaz con el sobrino, habiendo sido este y su mujer los que se han venido ocupando siempre de la incapaz, quien no ha tenido prácticamente relación con sus hermanas excepto en momentos puntuales. Advierte el tribunal la acción de incapacidad, es una acción personalísima, y por tanto intransferible a terceros, careciendo por ello el representante, de capacidad para promover la presente demanda. Y en este proceso no hay un defecto en la constitución jurídico procesal, por esto no puede abocar a la nulidad pretendida, porque no existe indefensión, ya que la iniciación de este procedimiento, no ha colocado en tal situación, a la única parte que se ve afectada por el contenido de esta resolución, al presunto incapaz, y no lo ha hecho, porque el promover esta demanda no le perjudica, encontrándonos en un supuesto asimilable al de una guarda de hecho, porque el sobrino, no sólo administraba los bienes de la presunta incapaz sino que se preocupaba de su persona, y por ello le resulta de aplicación lo dispuesto en el art.304 CC ²⁴². El Tribunal decide que el sobrino permanezca como tutor de la incapaz:

Compartimos de la decisión del Tribunal porque la providencia de solicitar la incapacitación debe ser tomada por quien asiste el presunto incapaz en sus necesidades vitales, se de ello hacen caso el sobrino es esto que tiene la obligación, para mí, de informar al Estado la deficiencia y instar la incapacitación.

En este mismo sentido, y respecto del orden jerárquico establecido por la ley, conviene mencionar una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona el 19 de Junio de 2007. La sentencia alude a la solicitud de incapacitación que presentó el hermano del presunto incapaz. La sentencia en primera instancia fue parcialmente estimatoria de

²⁴² Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª). Sentencia núm. 445/2007 de 19 junio AC 2007/2052

la demanda, se declaró al demandado relativamente incapaz para el gobierno de sus bienes y se designaba como curadora del incapaz a su hermana. El requirente no conforme con el nombramiento de la hermana interpone un recurso de apelación. Mientras el proceso se desarrollaba el demandante fallece y su esposa, quien por medio de un testamento fue designada heredera universal, decide sustituir a su marido en esta demanda e interviene en el procedimiento por medio de un abogado bajo la figura de sustitución procesal. El presunto incapaz contesta *la sucesión procesal del art. 16 LEC, el cual permite la continuación del procedimiento "cuando se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio", y en el presente caso no existe objeto litigioso que se haya transmitido mortis causa y el art. 757 LEC no legitima a la cuñada para promover la incapacitación de su cuñado (hermano de su fallecido marido).*

El Ministerio Fiscal no había recurrido la Sentencia de primera instancia, pero en segundo grado manifestó su conformidad con la declaración de incapacidad relativa del demandado y su sometimiento a la curatela. El Tribunal concluye que “...*el recurso de apelación mantenido por quien no estaba legitimada para el ejercicio de la acción quedaba carente de sustento válido al no darse la requerida relación entre el sujeto que mantenía la apelación y la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio, faltando por ello tanto la denominada legitimación ordinaria, directa o propia, como la legitimación por sustitución para deducir en juicio y en nombre propio, un derecho ajeno, pues el promotor demandante había fallecido y su derecho a promover la incapacitación de su hermano no se había transmitido "mortis causa" a la heredera universal cuyo vínculo parental con el demandado no era de los contemplados en el art. 757.1 LEC, que deroga los arts. 202 204 y 294 del Código Civil. Por lo expuesto, debe ser desestimado el recurso de apelación al haberse declarado indebidamente la sucesión procesal por causa de muerte respecto al ejercicio de una acción que por su naturaleza queda reservada a determinadas personas, entre las que no se encuentra la designada sustituta procesal, que no puede ocupar como parte la posición que ostentaba el promotor de la declaración de incapacidad dada la especial naturaleza del objeto del litigio*²⁴³.

²⁴³ Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª). sentencia núm. 177/2004 de 14 mayo JUR 2004\180963.

La posición del Tribunal no podía ser otra en estos procedimientos especiales porque no existe la figura del sustitución procesal.

Adicionalmente y con relación a la solicitud de incapacitación por el presunto incapaz se ha de citar a José María Rives Seva, quien afirma que: *“Si está entonces admitido, nos cabría preguntar ¿es que el presunto incapaz puede comparecer ante la autoridad judicial, con la oportuna demanda, representado por procurador y defendido por letrado, pidiendo su declaración de incapacidad? La postura se nos antoja de difícil comprensión, ya que como veremos desde el punto de vista de la legitimación pasiva, el presunto incapaz es más bien el sujeto pasivo de este proceso especial. Por ello estimo que la respuesta más adecuada es que en todo caso el enfermo siempre tendría el cauce abierto de acudir al Ministerio Fiscal, comunicarle su insania, pudiendo éste, previa comprobación, iniciar el procedimiento si lo estimara conveniente; y además, en otro caso, deben ser sus familiares, o incluso el defensor judicial, si lo tuviera nombrado, los que deban instar la demanda”*²⁴⁴.

A este respecto destaca la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona el 01 de Marzo de 2006 en que juzga el recurso de apelación frente a la resolución del juzgado de primera instancia de Santa Coloma de Gramanet que no admite la demanda de incapacitación estada por la propia supuesta incapaz. El Tribunal explica que el artículo 757 de la LEC no admitía que el supuesto incapaz solicitase su incapacitación, pero con el advenio de la ley 41/2003 18 de diciembre ha sido modificado y concede legitimación al presunto incapaz para instar su propia incapacidad, que es lo que ocurre en el caso de autos, explica que esta ley incorpora diversas modificaciones de la legislación vigente, con las que se trata de mejorar la protección patrimonial y el entre las cuales se encuentra la de legitimación al presunto incapaz para instar su propia incapacidad. Por fin resuelve revocar la decisión de primero grado y aceptar la demanda²⁴⁵.

Sobre la legitimación otorgada por la ley 41/2003 para que el propio presunto incapaz pueda instar su incapacitación, hablaremos más detalladamente en apartado propio en que analizaremos esta legislación de forma pormenorizada.

²⁴⁴ SEVA RIVES, José María (2009): *Proceso sobre la capacidad de las personas*. Madrid, Ed. La Ley, pág. 33.

²⁴⁵ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18º). Auto núm. 56/2006 de 01 de marzo de 2006.

Conforme hemos señalado reiteradamente la legitimación la ostenta los parientes que la ley especifica y el Ministerio Fiscal, esta es una de las razones por la cual el Ministerio Fiscal es tan solicitado para iniciar las demandas de incapacitación. La actuación de este órgano como legitimado activo en los procesos de incapacitación, a un tema que abordaremos en continuación.

3.1.1.2. Legitimación activa del Ministerio Fiscal (757 LEC.)

Aunque el precepto extiende su alcance sobre otros aspectos de suma importancia, en lo que sigue sujetamos los comentarios a la legitimación activa, en razón de que en otro apartado específico se tratarán las diversas funciones del Ministerio Fiscal en estos procesos.

Sobre la imprescindible actuación del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación, la Constitución Española en el artículo 124 expresa que: *El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.*

La ley dispone la obligación a los funcionarios públicos y autoridades para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todos aquellos elementos que puedan dar lugar a una posible incapacitación, estando legitimado este órgano a instar el procedimiento de incapacitación. Al ser comunicado el Ministerio Fiscal, éste adquiere la obligación de investigar los hechos, averiguar su veracidad y solamente promoverá la demanda cuando exista una causa de incapacitación determinada explícitamente. Como ya se ha referido, en los procesos de incapacitación subyace un interés público, por lo que el legislador atribuye al Ministerio Fiscal la obligación señalada en dicho precepto para el supuesto de que las personas señaladas en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no lo hicieran o no existieran. No obstante, en la práctica de los juzgados dicha situación funciona de forma distinta. Las familias buscan que el Ministerio Fiscal promueva la incapacitación de un pariente.

Con relación a los que pueden promover la incapacitación del enfermo, la jurisprudencia precisa que, además de las personas habilitadas por la ley, solamente el Ministerio Fiscal tiene la legitimación para instar tal proceso. En la gran mayoría de los procesos de incapacitación, las familias procuran que sea el Ministerio Fiscal quien solicite la incapacitación, conforme ya señalamos anteriormente. Sobre este efecto podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 09 de noviembre de 2009, por la que se anula una decisión judicial en la cual el juez procede de oficio y no respeta la decisión de desistencia del Ministerio Fiscal a la incapacitación de la demandada. Refiere la sentencia que el Ministerio Fiscal presentó demanda de declaración de incapacidad, y que la interesada se opuso a la declaración pretendida, por fin que Ministerio Fiscal solicitó que se dejara sin efecto su solicitud y se desestimara la demanda. No obstante, el juzgador de instancia, partiendo de la consideración de que el objeto del proceso tiene carácter no dispositivo y considerando que "no requiere más que formalmente de una actuación de las partes, rigiéndose sustantivamente por el principio de oficialidad", declara la demandada en situación de incapacidad ²⁴⁶. A través de recurso de apelación el Tribunal revoca, en consecuencia, la incapacitación y juzga procedente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Compartimos la decisión del Tribunal, aunque el principio de la oficialidad hay que ser respetado, el juez no tiene la legitimación para instar un proceso de incapacitación pues debe ser solicitado por aquellos determinados por la ley.

Efectivamente, como ya se ha señalado, lo que se demuestra en la realidad de los juzgados españoles es que la familia recurre y solicita la ayuda del Ministerio Fiscal por razones de orden pecuniario y por la confianza en la actuación de este órgano, lo que sin dudas fortalece el orden institucional sobre el que descansa la figura jurídica que aquí revisamos. Muy excepcionalmente en España el presunto incapaz comparece con su propio pedido de incapacitación.

Para abundar aún más en las aseveraciones que venimos realizando se destaca la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Álava de 13 de octubre de 1994.

²⁴⁶ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 585/2009 de 9 noviembre. JUR\2010\45056.

Se trata de una petición en la que la requirente solicita al Ministerio Fiscal que proceda a la incapacitación de su madre. El posicionamiento del Tribunal sobre la actuación del Ministerio Fiscal fue el siguiente: *“En efecto, el art. 203, dice «El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubiera solicitado»; y el art. 202 que «corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y en defecto de éstos a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz». Del juego combinado de estos artículos entendemos que si bien se deriva una doble legitimación activa por promover la incapacitación, la Ley llama en primer lugar a las personas relacionadas en el art. 202 a ejercitar dicha iniciativa, subordinándose la actuación del Ministerio Fiscal a la inexistencia o inactividad de las mismas. Lo que en ningún caso es dable es que quien por Ley debe promover la incapacitación pueda beneficiarse de su falta de actuación, sin que la misma deba ser suplida por el Ministerio Fiscal, y mucho menos alegada en defensa de sus intereses²⁴⁷. (Negritas propias)*

Sobre el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en estos procesos (existe una amplia discusión). Si bien existen básicamente dos corrientes de pensamiento: una, afirma que no es competencia del Ministerio Fiscal instar los procedimientos de incapacidad cuando hay familiares legitimados que puedan hacerlo. La otra corriente entiende que el Ministerio Público es competente debido al carácter público del proceso, llegando a equipararlo con el derecho penal acentuando la función pública o social del cargo. (Tales posicionamientos se tornan más controvertidos en España debido a la aplicación del derecho en cada comunidad autónoma).

Por nuestra parte, tomamos partido por el criterio que sostiene la intervención del Ministerio Fiscal para instar o solicitar las declaraciones de incapacitación en este tipo de procedimientos especiales, mismo cuando hay parientes legitimados, como antes se describe en los casos referidos en párrafos anteriores, hay un predominio del poder público que debe ser ejercido también por el Ministerio Fiscal. Además, el primer artículo del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone dentro de sus funciones que *“El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley,*

²⁴⁷ Audiencia Provincial de Álava. Auto de 13 octubre 1994. AC\1994\1731

de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

Según datos del Dr. GANZENMÜLLER ROIG para el caso de la provincia de Gerona el 90% de las demandas de incapacitación las interpone el Ministerio Fiscal²⁴⁸. Es conveniente para las familias que el Estado asuma la demanda puesto que, como ya hemos afirmado antes, de esta manera los parientes interesados quedan exentos de los cargos financieros.

Respecto de las diversas atribuciones de este órgano, conviene traer aquí la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona el 31 de Mayo de 2002. Dicha sentencia abordó la solicitud de incapacitación de un menor, a instancias del Ministerio Fiscal y la Generalitat de Catalunya. En el transcurso del proceso el menor adquirió la mayoría de edad. El Ministerio Fiscal, como apelante, solicita la anulación de la sentencia de primer grado en virtud de que en el proceso no fueron oídos los parientes del presunto incapaz y la falta de legitimación de los autores, ya que hubo un cambio de *status* jurídico del presunto incapaz.

El Tribunal pondera los hechos de la siguiente manera:...con relación a la falta de legitimación argumenta que basado en el principio de la *perpetuatio legitimationis* por lo cual la aptitud de las personas que ostentan la posición de parte para actuar subsiste durante toda la pendencia del mismo a pesar de los cambios ficticios. Por su parte no cabe el "remedio" de la sucesión procesal, pues el Ministerio Fiscal en el juicio de incapacitación aquí enjuiciado ha actuado como parte demandada y no puede en esta segunda instancia - por el hecho de haber alcanzado la mayoría de edad el menor antes tutelado - variar su posición procesal.

No obstante, con relación a la alegación de no haber ocurrido a la audiencia de los parientes del presunto incapaz, el Tribunal argumenta, a nuestro entender equivocadamente con relación a equiparación de la incapacitación a la “muerte jurídico-civil”, que “*La incapacitación, como proclama el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de diciembre de 1991, supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el artículo 210 del Código Civil (hoy artículo 760 de la L.E.C.), dándose equivalencia a muerte*

²⁴⁸ GANZENMÜLLER ROIG, C. (2004): *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornada Fundación Aequitas, Edit. Madrid, pág. 69.

jurídico-civil; de ahí que la normativa que la regula (Título IX del Libro I del Código Civil) -y en la actualidad los artículos 756 al 763 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 -, prevé las máximas garantías e instrumentos necesarios que se deben adoptar a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores. En este sentido la función judicial les adentra en el proceso, no sólo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes, que, sin ser propias partes procesales, sí son interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio, desde los exámenes directos del presunto incapaz (Art. 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000), tanto por el Juez de Instancia, como por el Tribunal, si éste es el que declara la incapacidad o la capacidad, en una actuación que no puede calificarse propiamente de reconocimiento judicial (Art. 353 de la L.E.C. actual), sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada, al igual que las otras dos a que se refiere el mencionado artículo 759, 1. de la Ley adjetiva, esto es, el dictamen pericial acordado por el Juez y la audiencia de parientes más próximos del presunto incapaz, y junto a las demás que suministren las partes, componen el material probatorio suficiente para pronunciar la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentes, ya que afecta a la libertad propia de los seres humanos, por lo que estas cuestiones no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y carga humana de los juzgadores a los que corresponde emitir la respuesta sentencia adecuada”²⁴⁹.

Evidentemente antes dichas razones el Tribunal decide anular la sentencia. Concordamos con la decisión pienso que la validez del procedimiento depende de los prerequisites establecidos por el artículo 759. 1 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, es nuestra opinión que la decisión del Tribunal no podría ser otra que anular la sentencia. Sin embargo, discrepamos respecto de las argumentaciones de fondo la sentencia de que “...la incapacitación (...) supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el artículo 210 del Código Civil (hoy artículo 760 de la L.E.C.), dándose equivalencia a muerte jurídico-civil”. Nuestro criterio se opone a esta

²⁴⁹Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia de 31 mayo 2002. JUR\2002\209348

expresión en la medida que tiene, a nuestro juicio, un sentido peyorativo porque la incapacitación jamás puede ser comparada a la muerte -civil en su caso-, quizá la Audiencia alude a que se trata de un cambio en su status mediante un régimen judicial de protección. De igual forma, no estimamos correcta la afirmación de que la incapacitación es “...*la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentes, ya que afecta a la libertad propia de los seres humanos...*”, porque hay que sobreponer el principio de la autonomía de la voluntad.

De la intervención del Ministerio Fiscal en este caso, cualquiera que sea su función como autor, como fiscal de la ley con analogía al principio de la *perpetuatio legitimaciones*, es conveniente, sin embargo, resaltar que este principio sobre el que fundamenta su actuación, no puede sobreponerse a los demás, especialmente al principio de la legalidad y al principio de la verdad material que son los fundamentos de todo el ordenamiento jurídico. Como bien lo recoge el artículo 212 del Código Civil “*La sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida*”. De tal manera que el principio de legitimación activa del Ministerio Fiscal siempre se supedita a los principios de legalidad y verdad material.

Sin embargo, la ley es clara con relación a la competencia del Ministerio Fiscal en la obligación de promover y fiscalizar el debido cumplimiento de la ley. Hacemos nuestro el criterio de Ganzenmuller Roig cuando apunta que “*Dada la especial intervención que el legislador otorga al Ministerio Fiscal en estos procedimientos, es necesario analizar de forma detallada su actividad como auténtico defensor de los derechos constitucionales del discapacitado en el marco del proceso, independientemente de la posición procesal que se vea obligado a adoptar, según sea o no el promotor de la demanda*”²⁵⁰.

En el orden de las ideas anteriores, en conclusión el Ministerio Fiscal ostenta una posición de asegurador de los derechos de las personas con discapacidades, actuando siempre como protector de los derechos imprescindibles y en su único y exclusivo beneficio.

²⁵⁰ GANZENMULLER ROIG, Carlos y MORATALLA ESCUDERO, José Francisco (2005): *Discapacidad y Derecho -Tratamiento jurídico y Sociológico*, op.cit. p. 173.

3.1.2. Legitimación pasiva:

La legitimación pasiva es ostentada por el presunto incapaz, cuando este no es el autor del pedido de incapacitación, por el Ministerio Fiscal y por el defensor judicial, en los casos que la ley de Enjuiciamiento Civil determina. Generalmente, conforme se ha descrito con anterioridad y hemos repetido sucesivamente, la familia solicita al Ministerio Fiscal su intervención para que se proceda a la incapacitación.

El Dr. Bercovitz Cano, en relación el art. 199 afirma que: *La legitimación pasiva corresponde al presunto incapaz que es demandado en sentido técnico(art. 758), y que puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación; en otro caso, será defendido por el Ministerio Fiscal o se le nombrará un defensor judicial. La nueva LECiv prevé, como la antigua, la preceptiva participación del Ministerio Fiscal en los procedimientos de incapacitación, como iniciador del mismo, como defensor judicial y como parte “artificial en el proceso, en respuesta a la función del artículo 3.6 EOMF”²⁵¹;*

Como conclusión a este apartado, hacemos referencia a un caso ocurrido en Las Palmas de Gran Canaria visto en el Tribunal Supremo. Se solicitaba la incapacitación del padre por parte de dos de sus hijos. El Ministerio Fiscal figuró en el proceso como defensor del presunto incapaz. Una de sus hijas contesta y interpone recurso de apelación y casación a la incapacitación, y pasa a la demanda como parte pasiva en el proceso de incapacitación. El Tribunal Supremo se expresa que contra la referida sentencia de primera instancia, que fue consentida por el Ministerio Fiscal, la demandada hija del presunto incapaz interpuso recurso de apelación. En el expresado recurso, el Ministerio Fiscal pidió la confirmación de la sentencia apelada, la demandada y hija del presunto incapaz, ha interpuesto el presente recurso de casación, menciona el Tribunal que: ***Lo que no es permisible, en modo alguno, es que sean sujetos pasivos o demandados en dicho proceso los parientes del presunto incapaz (cualquiera que sea su grado de parentesco)***

²⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo (2001): *Comentarios al Código Civil*, Navarra, op.cit, p. 328.

Se explica que tal recurso carece del más elemental sentido jurídico el que en este proceso de incapacitación (que, correctamente, ha sido promovido por un hijo del presunto incapaz) haya sido demandada una hermana de dicho demandante e hija también del referido presunto incapaz, cuando éste (al no haber nombrado, por sí, sus propias representación y defensa) ha estado representado y defendido por el Ministerio Fiscal, di que la hija del presunto incapaz, por tanto, carecía en absoluto de legitimación pasiva para figurar como demandada en dicho proceso, así como, y en consecuencia, carecía de legitimación para interponer el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia y carece de la misma legitimación para formalizar el presente recurso de casación.

Con relación a la actuación del Ministerio Fiscal, del juez de primera instancia y del Tribunal de la Audiencia Provincial el Tribunal no comprende el por qué el Ministerio Fiscal consintió la sentencia de primera instancia, como ha consentido la de apelación, cuyos respectivos pronunciamientos son coincidentes (declarativos de la incapacidad del demandado único). El tribunal menciona que causa extrañeza que ni el Juez de primera instancia, ni la Audiencia, en sus respectivos momentos procesales, advirtieran tan elemental y burda incorrección procesal, con relación a la legitimación de la hija del supuesto incapaz. Por fin desestima el recurso de casación por falta de legitimación²⁵².

A nuestro humilde entender la hija tenía el derecho y la legitimación de interponer recurso de casación contra la decisión que incapacita su padre. La demanda fuera instada por un de los hijos del presunto incapaz, teniendo el Ministerio Fiscal como defensor del presunto incapaz. La hija no conformada con la decisión que incapacita su padre interpone recurso delante de primera instancia y de la Audiencia Provincial que reiteran la decisión de incapacitación. No convencida adentra con recurso de casación.

Lo cierto es que los parientes están legitimados para instar el proceso de incapacitación, conforme establece el artículo 757 de la LEC, y a mi modesto juicio, por su vez también pueden se oponer contra la incapacitación instada de un pariente, para mí la ley no obsta que la hija pueda contestar una acción que insta la incapacitación de su padre, por suponer no ser el mejor para su padre la incapacitación.

²⁵² Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1155/1995 de 30 diciembre. RJ\1995\9664.

En nuestra opinión, el Tribunal se equivoca cuando se expresa: haya sido demandada una hermana de dicho demandante e hija también del referido presunto incapaz. El demandado conforme lo establecido en el art. 758 de la LEC es el presunto incapaz. En esta relación jurídica la hija nunca será la demandada, ella solamente he interpuesto recurso porque acredita que hubo vulneración de los derechos del padre. No hay ninguna previsión legal que pueda impedir la hija de se pronunciar a favor de un derecho que entiende ser legítimo.

A continuación se abordará el análisis de los trámites de este proceso y sus peculiaridades en cada fase procesal.

3.1.3. Fases procesales:

3.1.4.1. La demanda y el artículo 399 LEC. Personación en el procedimiento.

El proceso empieza con la estimación de la demanda. La Ley de Enjuiciamiento Civil determina en el artículo 753 que: *“Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda 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”*.²⁵³

²⁵³ Iruzubieta Vásquez, Carlos: Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia de la Ley 1/2000 de 7 de enero, cuando cita a CHIOVENDA afirma que: *Es corriente confundir lo que es la demanda con la pretensión. Esta confusión no permite distinguir aquellos supuestos en los que puede haber una demanda sin haberse formulado en ella la pretensión, lo que posibilita la existencia de un acto constitutivo de la relación procesal, sin que se trabe aún la litis propiamente dicha. La simultaneidad de ambos institutos procesales (la pretensión en la demanda), alimenta esta confusión, aunque el propio iniciador de esta distinción doctrinaria, se refiere a CHIOVENDA, reconoce que es la demanda y no la pretensión el acto constitutivo de la relación procesal. Por fin define lo que sea efectivamente la demanda: La demanda es por excelencia el acto de incoación del proceso; es el primer acto y de él derivan todos los demás, conducentes a concluirlo y el efecto más notorio de la demanda es el nacimiento del vínculo llamado litispendencia.* VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., (año): *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. DIJUSA, Madrid, pág. 576. Además, En los Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil explica los requisitos extrínsecos e intrínsecos de la demanda, para lo que recurre al siguiente dístico latino: *quis, quid, coram quo, quo iure patatur et a quo, /ordine, confectus quisque libellus habet*, lo que ordinariamente se conoce con las preguntas siguientes: quién es (el demandado), qué (se pide), ante quién (se pide), qué cosa (se pide), contra quién (se pide).

Para algunos autores la palabra “demanda” no está bien empleada. Rafael Cabrera Mercado afirma que *“El Código Civil en su Título IX parece evitar el término demanda cuando se refiere al inicio del proceso de incapacitación y lo sustituye por una variada suerte de expresiones de contenido muy genérico y, desde luego, nada técnico. Así, por ejemplo, en los artículos 202 y 203, se habla de promover la declaración de incapacitación; en el 203, de solicitar del juez lo que proceda; en el 205 que corresponde formular la petición”*²⁵⁴. (la negrilla es nuestra)

Es prerrogativa para la aceptación, de la demanda, la solicitud y la causa de la incapacitación y que esta sea persistente, esto es, que tenga por consecuencia la falta de autogobierno. También en la propia demanda se podrá solicitar conjuntamente el nombramiento de un tutor o curador para suplir la capacidad del demandado. A la demanda debe acompañarse el poder del procurador, la certificación del registro civil e informes médicos, certificados oficiales, mediante los cuales se compruebe la incapacitación permanente que se solicita.

Los procedimientos especiales de incapacitación, a su vez, se tramitan mediante un juicio verbal, debiendo constar en la demanda todas las pretensiones, las cuales son formuladas de manera clara, evitando formalismos exacerbados, buscando en todo momento la celeridad procesal.

Para la Dra. Sonia CALAZA LÓPEZ: *“Las partes habrán de justificar, en sus escritos de alegaciones, la relación de parentesco, afectividad o patria potestad que vincula los sujetos activo y pasivo de los procesos de incapacitación y prodigalidad, puesto que, de no hacerlo, se verán expuestos a la inadmisión, ex officio, de la demanda o, en su caso, a resolución inadmisoria en la comparecencia del juicio verbal”*²⁵⁵. En la demanda se puede solicitar la incapacitación, el nombramiento de un tutor y la designación de un defensor judicial del tutor.

Sobre lo anterior conviene citar la Audiencia Provincial de Ávila en sentencia de 1 de Marzo de 2002 en que en la demanda no fuera solicitado el nombramiento del tutor, de esta forma el tribunal entiende aunque pueda ser instados en la misma demanda la incapacitación y el nombramiento del tutor se no hicieran en la solicitud de la demanda no se puede hacer a posteriori, principalmente cuando hay discusión de quien

²⁵⁴ MERCADO CABRERA, Rafael. op.cit., pág. 237.

²⁵⁵ CALAZA LÓPEZ, Sonia. op. cit., pág. 86.

debe ser legalmente el tutor. Y se pronuncia de la siguiente forma: *“Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , en el capítulo II del hecho I del libro IV, al regular los procesos sobre la capacidad de las personas, en el art. 760.2º determina «En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, 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». Vemos pues, que la nueva legislación permite el nombramiento de tutor en la sentencia de incapacitación, pero lo condiciona a que haya sido solicitado en la demanda. (...) Con todo observamos como en la demanda iniciadora de la litis, y así nos lo puso de manifiesto el Mº Fiscal en el acto de la vista, no contiene ninguna mención acerca del nombramiento del tutor. Y por otro lado, el nombrado, Gerencia de Servicios Sociales de Avila, que no quiere ser nombrado tutor, apuntando la posibilidad de que ejerza estas funciones la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de deficientes mentales. Por ello, consideramos, que no habiendo sido solicitado en la demanda el nombramiento de tutor, queda vedada la posibilidad de nombrarle, máxime cuando no se ha discutido en el proceso suficientemente la cuestión, como refleja el hecho de que el nombrado, Servicios Sociales, no quiera ejercer el cargo y postule en el recurso que se nombre a un tercero, que no ha sido oído, aunque dentro de sus competencias esta Fundación asuma el ejercicio de las funciones tutelares de los deficientes mentales”.*

Finalmente decide estimar parcialmente el recurso de apelación, y mantener la incapacitación y con relación al nombramiento del tutor establece que el incapaz debe quedar sometido al régimen de tutela, el cual se constituirá por el Juzgado de Primera Instancia en fase de ejecución de Sentencia²⁵⁶.

Igual que en España, en Brasil en lo mismo proceso se incapacita y nombra el tutor o el curador, para mí, tal solicitud debe ser hecha en la solicitud de aceptación de la demanda, caso no sea hecho, el pedido puede ser hecho después a través de otro proceso.

A este respecto, tal y como afirma la Dra. Marta CHIMENO CANO, *“Es factible la acumulación de autos cuando la incapacidad del mismo sujeto se promoció por distintos legitimados activos, en el mismo juzgado o en juzgados*

²⁵⁶ Audiencia Provincial de Ávila. Sentencia núm. 48/2002 de 1 marzo. AC\2002\849.

diferentes. En este caso, sólo podrá acordarse a instancia de parte, artículos 81 y ss. LECiv, acumulándose dichos procesos al procedimiento más antiguo y siendo competente el juzgado ante quién primero se presentó la demanda, artículo 79 LECiv”²⁵⁷.

Una vez admitida la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 404 de la LEC se determina el emplazamiento de las partes para que contesten la demanda en un término de veinte días, así como también se determina la fecha para examen del presunto incapaz por parte del perito. Contra el decreto de aceptación de la demanda procede recurso de reposición que deberá interponerse en el término de cinco días.

A continuación se analiza la fase de la contestación, que se destaca por su peculiaridad en este tipo de procesos especiales.

3.1.3.2. La contestación

El artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece: (1) *Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda 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.*

Aun cuando la LEC reconduce la tramitación de los procesos sobre la capacidad de las personas al juicio verbal –nos recuerda López Calaza- “...lo cierto es que la fase de alegaciones, formada por la demanda y la contestación a la demanda, ha de entenderse encauzada por el proceso declarativo ordinario, habida cuenta de que la demanda no será, tal y como se ha visto, sucinta, sino ordinaria y la contestación a la

²⁵⁷ CANO CHIMENO, M.: *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. op.cit. pág. 71.

demanda no será oral en la vista, sino escrita en un momento anterior a la celebración de esta vista”²⁵⁸.

En estos procesos, el demandado será siempre al presunto incapaz y no se admite la rebeldía. Se observa claramente que el legislador quiso asegurar al presunto incapaz con todas las garantías procesales de amplia defensa. Conforme hablamos en líneas anteriores, el presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa, pueden ser defendidos por el Ministerio Fiscal o, si éste no fuera el promotor de la demanda, por un letrado o defensor judicial.

En este propósito, conviene mencionar una interesante sentencia que bien demuestra el espíritu proteccionista de la norma. Se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de Julio de 2006, por la que se concede recurso de amparo a una incapacitada a quien le fueran violados sus derechos. Seguidamente se expone el caso y se resaltan las motivaciones del Tribunal: La entidad mercantil Alquiler y Rehabilitación de Viviendas inicia demanda de juicio de cognición a través de la acción resolutoria arrendaticia para obtener el desalojamiento de una señora que se encontraba incapacitada y viviendo en la Agencia Madrileña de la Tutela de Adultos. Fuera admitida la demanda contra la incapacitada y determinado su emplazamiento en su antigua residencia, en este momento, fuera informado por la hermana de la demandada, que aquella se encontraba incapacitada bajo la tutela de la Agencia Madrileña de la Tutela de Adultos antes referida.

Cuando hubo el emplazamiento de la demanda y el facto llegó al conocimiento de la Agencia Madrileña de la Tutela de Adultos, ésta intentó la nulidad de la demanda arrendataria instada por la empresa Alquiler y Rehabilitación de Viviendas, puesto que se trataba de una persona discapacitada, aunque el procedimiento de incapacitación estuviera en trámite, no estuviera concluida.

²⁵⁸ LÓPEZ CALAZA, Sonia : *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid, Ed. Iustel, pág. 166.

La presunta incapaz al tomar conocimiento de la demanda que fuera instada contra ella empieza por sí sola a ejercer su autodefensa, pese a sus limitaciones mentales, empieza a remitir escritos sin rigor jurídico alguno, falto de sintaxis y hasta incoherentes en el sentido, para el Juzgado en que tramitaba el proceso de arrendamiento, en el que se expone: *“Desde hacía un tiempo había iniciado una larga serie de continuos escritos de extraño contenido dirigidos al Juzgado”*.

El juzgado de Madrid en que tramitaba la demanda de la supuesta incapacitada con la empresa Alquiler y Rehabilitación de Viviendas declara la rebeldía de la demandada. Dicha resolución es notificada personalmente a la demandada que presentó un escrito de recusación y otro posterior en el que solicitaba la suspensión del señalamiento, por lo que, el Tribunal se acuerda suspender el mismo al objeto de dar trámite a la recusación planteada, que finalmente es rechazada.

Ante los acontecimientos, la demandada interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual se pronunció en este sentido: *“Primero: Resuelve anular parcialmente dicha Sentencia, y revocar en la misma medida la Sentencia del juzgado de Primera Instancia en el sentido de sustituir la incapacitación por la restricción de capacidad y cambiar la tutela por la curatela. Segundo: convocar a las partes a la celebración del juicio y, en atención a la Sentencia del Tribunal Supremo, aplicar en forma analógica el art. 299 bis CC y efectuar la citación de la demandada en el Ministerio Fiscal”*. Pero, tras la práctica de la prueba admitida, y sin que conste en los autos actuación alguna del Ministerio Fiscal, es proferida sentencia estimatoria de la demanda, declarando resuelto el contrato de arrendamiento, con apercibimiento de lanzamiento si la demandada no desaloja la vivienda, e imposición de costas a esta última. Posteriormente notificada a la sentencia ambas partes y al Ministerio Fiscal, y habiendo transcurrido el plazo para poder hacerlo sin que constara interpuesto ningún recurso de apelación, se declara su firmeza la sentencia.

La incapaz interpone recurso de amparo, en el que denuncia la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, así como de los principios de contradicción, audiencia, asistencia y defensa. De este modo, requiere la suspensión del curso del proceso hasta el nombramiento de un defensor judicial o la efectiva intervención del Ministerio Fiscal.

Por fin y sobre la demanda se pronuncia el Tribunal Constitucional señalando. El órgano judicial permitió, sin embargo, que la vista se celebrara sin que la solicitante de amparo estuviera representada y defendida por el Ministerio Público y ni siquiera se aseguró de que el mismo hubiera tenido conocimiento efectivo del alcance y efectos reales del acto de comunicación procesal, procediendo, en todo caso, y para cerciorarse de tal circunstancia, a la suspensión del juicio. Pronunciándose finalmente el Tribunal resuelve: “1° Reconocer su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE); 2° Anular las actuaciones del juicio de cognición practicadas en el Juzgado de Primera Instancia; 3° Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su emplazamiento para que sea emplazada de nuevo a través del curador que la representa legalmente”²⁵⁹.

A nuestro juicio, dadas las condiciones que anteceden, la decisión del Tribunal no podría ser otra. Sin embargo, es sorprendente como un proceso puede llegar a la Corte del Tribunal Constitucional, y pasar por todas las fases procesales sin que la demandada posea capacidad procesal y ni siquiera fuera debidamente asistida. La plena capacidad civil es una exigencia preparatoria para la demanda y que se encuentra establecida en el artículo 7° de la Ley de Enjuiciamiento Civil referido a la Comparecencia en juicio y representación. “1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”.

El proceso recién descrito en el que convergen el estado de indefensión de la demandada (en proceso de incapacitación), la lenidad de la agencia Madrileña de Tutela de Adultos y la negligencia del Ministerio Fiscal, terminan configurando un cuadro de minusvalía de la persona que menoscaba, a nuestro modesto entender, la dignidad humana afectada por fallos de forma y de actuaciones displicentes de actores a los que se reserva la protección del incapacitado. La concatenación de actuaciones institucionales, administrativas y judiciales ha de ser tan celosa que cualquier vacío o fallo se traduce en la afectación de la dignidad humana del incapacitado.

Tal hecho es señalado y puesto en evidencia por el Tribunal, dejándolo expreso en la sentencia de la siguiente manera: “Asimismo, y comoquiera que la recurrente en

²⁵⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 199/2006 de 3 de Julio.

amparo desde hacía un tiempo había iniciado una larga serie de continuos escritos de extraño contenido dirigidos al Juzgado”.

Toda ésta relación de hechos expuestos en el caso reciente, nos permite abordar con mayor rigor ahora el estudio de las pruebas cuando se trata de un proceso especial como esto.

3.1.3.3. Pruebas. Especial relevancia a la participación de los facultativos forenses.

Esta fase es quizá la más importante de este peculiar procedimiento debido a la gran injerencia del poder público, representado por la figura del juez que en esta etapa del proceso se torna más activa, respaldándose en los principios de la investigación de oficio.

El proceso probatorio puede ser considerado un medio de búsqueda de la verdad subjetiva alegada a través del contradictorio por las partes, para mí puede ser considerado un mecanismo eficaz para alcanzar la verdad.

El artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece lo relacionado a las pruebas: *1. 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. 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. 2. 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. 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable asimismo a la*

segunda instancia. 4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores.

En este procedimiento los medios de prueba se basan en las pruebas directas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 759 de LEC que establece las tres pruebas más importantes o esenciales efectuadas en los procedimientos de incapacitación, las cuales son, a saber: el examen por el juez del presunto incapaz, el dictamen pericial médico y la audiencia de los parientes más próximos. Ahora bien, el juzgador no está limitado a estos tres procedimientos indagatorios; también podrá intervenir para escuchar a otras personas y buscar esclarecimientos a través de órganos públicos o privados, solicitar cualquier información que juzgue pueda esclarecer la verdad e instruir su decisión. Aunque lo que se demuestra de forma efectiva es que muy difícilmente los jueces requieren otras pruebas más allá de las elementales, es decir, más allá de aquellas tres citadas al inicio del párrafo.

Está claro que, conforme ya señalamos de forma reiterada este procedimiento se diferencia de los demás de derecho privado por su inminente carácter público de esta manera es posible al juez decidir de oficio sobre las necesidades o no de otras pruebas, no establecidas en la Ley.

A través de estos medios de prueba el juez usará su percepción y, asistido por un médico perito, al que la ley no obliga a ser un experto en la materia, formará su juicio de valor. Para Narcís NADAL I OLLER: *“Este artículo pretende que el juez reúna el mayor número de hechos constatados y verificados por el mismo, para garantizar al máximo, la formación de un criterio sano y un juicio crítico justo. Continúa siendo un reflejo de su preocupación para que la incapacitación y defensa de la capacidad tenga todas las garantías posibles”*²⁶⁰.

Con relación al dispositivo legal susodicho, para la Dra. Paloma BARTHÉ: *“...hay que destacar, que una de las características esenciales de la prueba en el proceso de incapacitación es que, además de las piezas separadas de prueba articuladas para cada una de las partes, el juez, si no lo solicitan éstas o el Ministerio*

²⁶⁰ OLLER NADAL, Narcís. op.cit. p. 58.

Fiscal, debe acordar de oficio, sin necesidad de proponerlas, y sin perjuicio de ordenar todas las demás que crea convenientes, los tres medios de prueba establecidos en el artículo 208 CC, formándose para ello pieza separada, y realizándose su práctica en principio y a poder ser dentro del segundo período de prueba señalado, aunque debido a su obligatoriedad (su incumplimiento, como ya dijimos, es causa de la nulidad de actuaciones), nada impide que tenga lugar con posterioridad si transcurrido el plazo no ha sido posible realizarlas, ampliándose para ello los días necesarios el período de práctica²⁶¹.

La Dra. BARTHÉ expresa muy bien nuestro pensamiento sobre el poder discrecional del Juez en estos procedimientos especiales, la libertad que tiene el Juez de elegir otras pruebas para formar su convicción.

En lo que concierne al poder discrecional del juez conviene citar la opinión del Dr. Rafael CABRERA MERCATO, al referirse a las pruebas: *“En efecto, las diligencias para mejor proveer tienen la función —dentro del proceso civil ordinario— de facilitar que el juez salga de su posible poltronería y pasividad y, respetando siempre la iniciativa y libre responsabilidad de las partes, colabore con ellas buscando no sancionar injusticias. Pero no deja de ser un poder complementario, teniendo como natural la actividad de las partes: se reducen a verificar, esclarecer y completar esta actividad”²⁶².*

Aunque el artículo 208 del CC esté derogado, los artículos 752 y 759 de la LEC determinan las pruebas imprescindibles en el proceso de incapacitación lo que pasaremos a discurrir abajo. Aunque estas son las esenciales, conforme hemos dicho, nada impide que para el convencimiento el juez y del Ministerio Fiscal sean instadas otras pruebas, tales como oír personas que viven cerca del incapaz, profesionales que los cuiden, exámenes más detallados, en fin y al cabo cualquier testimonio u otro medio para se probar la verdad.

²⁶¹ GARCIA-LUBEN BARTHE, Paloma. op. cit. p. 140.

²⁶² MERCADO CABRERA, Rafael. op. cit. p. 280.

- **La audiencia de los parientes más próximos.**

En relación a la audiencia de los parientes más próximos, se ha de incluir incluir en este rol al cónyuge, así como de aquellos que han solicitado la incapacitación. A este respecto el juez deberá oír a los parientes más cercanos: aquellos que tengan intimidad con el enfermo, que sepan de su vida cotidiana, de su comportamiento, de cómo la enfermedad le afecta. El objetivo de esto es obtener información relevante en torno al estado del presunto incapaz.

Ahora bien, en la realidad hay casos en los que los parientes cercanos no existen y la propia persona que requiere asume más de una posición en el proceso de incapacitación. Para ilustrarlo se analiza un proceso seguido en la provincia de Salamanca asociada con un proceso de incapacitación y de tutela familiar. Se trata de una reducida familia compuesta por el padre -presunto incapaz- la madre, que padece de Alzheimer, y la única hija. El Ministerio Fiscal solicita la incapacitación del padre que, con ochenta años de edad padece de enfermedades de epilepsia, afectación de la capacidad perceptivo cognitiva, entre otras. Dentro de este mismo procedimiento se solicita también el nombramiento de la hija como defensora judicial y, posteriormente, como tutora, por tratarse de la única persona capaz cercana al enfermo²⁶³.

Sobre el valor de esta importante prueba, merece la pena transcribir una sentencia en torno a un recurso de apelación en el que se exponía que el juez de primera instancia vulneraba todas las pruebas exigidas por la legislación, decretando la total incapacitación del recurrente. Conviene resaltar que en este recurso el Ministerio Fiscal se opuso al mismo, solicitando su desestimación. El caso que nos ocupa ocurrió en Alicante.

El Tribunal de la Audiencia Provincial de Alicante el 30 de Noviembre de 2005, expone que, el juez de primera instancia no se ha llevado a cabo la preceptiva audiencia de todos los parientes más próximos del declarado incapaz, conforme dispone el artículo 759 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y como también lo exigía el Art. 208 del Código Civil, en concreto y sobre todo a la hermana del presunto incapaz y parientes más próximos. Tampoco se ha realizado por el Tribunal en cuestión el examen del presunto incapaz.

²⁶³ Juzgado de Primer Instancia de Salamanca nº ocho – Procedimiento núm. 1277, año de 2009.

Con relación al dictamen de un médico forense el Tribunal expone que:

Que hubo un enorme fallo con relación a un dictamen pericial médico, previo examen del presunto incapaz, ya que el dictamen, segundo el Tribunal se halla contenido en un impreso estereotipados y excesivamente escuetos que difícilmente puede entenderse y estimarse suficiente a los fines que tal precepto exige habida cuenta además que tal dictamen no fue ni ampliado o aclarado, ni siquiera ratificado, por el Sr. Perito que lo elaboró. Además tal perito ni siquiera fue citado al acto del juicio al que por ello no compareció, omisión sin duda imputable no solo a las partes, promovente y Ministerio Fiscal, sino también al propio Tribunal "a quo". Por todo esto resuelve el Tribunal declarar la nulidad atinente a un quebrantamiento esencial de las normas de procedimiento que por su naturaleza pudiera provocar efectiva indefensión, y, en consecuencia anular la resolución de instancia, para que la Juzgadora "a quo", antes de dictar la correspondiente sentencia, proceda a oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, como mínimo a su hermana y tíos a los que se alude en el hecho segundo de la demanda, examine al presunto incapaz y se proceda a la práctica de pericia médica suficiente a los fines que dicho precepto previene²⁶⁴.

Compartimos la decisión del Tribunal puesto que el examen del presunto incapaz por un facultativo, experto en la enfermedad causa de la incapacitación tiene el deber de pormenorizar la enfermedad y su repercusión en el organismo del enfermo, bien como esclarecer y quitar todas las dudas sobre la enfermedad de forma minuciosa, porque es a través del dictamen del perito que el juez va a respaldar para aquilatar el grado de la enfermedad y su repercusión bajo la personalidad del enfermo, es una importante prueba para instruir el juzgamiento y por consiguiente para aplicar la medida de protección adecuada. *In casu* los informes médicos y psicológicos se referían al año de 1996 cuando la incapacitación fuera promovida en el año de 2003 facto esto no observado por el propio Ministerio Fiscal. También la audiencia de los parientes en este proceso servirá para que el juez pueda aquilatar como se pasa la realidad del entorno del presunto incapaz, como es la convivencia y como es el comportamiento de la familia con relación al tratamiento dispensado al enfermo. Se trata de una importante prueba que puede esclarecer el verdadero propósito de los familiares para instar un proceso de incapacitación.

²⁶⁴ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª). Sentencia núm. 659/2004 de 30 noviembre, JUR\2005\46093.

- **Examen por el Juez del presunto incapaz.**

Se trata de un medio de prueba directa, imprescindible especialmente en estos procedimientos. Esta prueba es particularmente relevante porque el juez puede valorar y apreciar directamente con sus sentidos a través de la inspección inmediata. Consecuentemente el juez podrá ponderar el valor de lo que ha visto o lo que ha oído durante el examen para llegar a la verdad. El juzgador no puede limitarse a los contenidos de la demanda, ya que es posible que los peticionarios escondan el verdadero motivo de la incapacitación. Tampoco podrá detenerse en un conocimiento puramente jurídico o puramente científico, deberá, en principio, examinar minuciosamente al presunto incapaz y valorar hasta qué punto tiene la capacidad de autogobernarse o tiene conciencia de la realidad. Bien señala Cernelutti que *“El conocimiento de un hecho por parte del juez no se puede tener sin que el mismo perciba algo con los propios sentidos; y para ello es inevitable el contacto entre el juez y la realidad acerca de la cual debe juzgar”*²⁶⁵.

Cuando hay imposibilidad de desplazamiento del enfermo, el juez debe trasladarse al sitio en el cual éste se encuentre. Esta diligencia deberá ser ejecutada por el mismo juez que dictará la sentencia de incapacitación y la competencia jurisdiccional será destinada al juez que conoció del hecho en primera instancia por presuponerse que tiene un conocimiento más profundo del caso. En el supuesto de que en segunda instancia ocurra una modificación a la decisión, la jurisprudencia ha establecido que deberá haber un reexamen de las pruebas por parte del Tribunal.

Lo anterior puede advertirse en una sentencia sobre un recurso de apelación resuelto por la Audiencia Provincial de Huesca el 23 de enero de 2001. El Ministerio Fiscal formuló una demanda en la que se solicitaba una incapacidad absoluta. El defensor judicial interpone recurso de apelación en virtud de que el juez no examinó directamente a la presunta incapaz ni a la audiencia de los familiares más próximos, como lo es el esposo de la misma. Decide el Tribunal que el recurso debe prosperar por las siguientes razones:

²⁶⁵ CARNELUTTI, Francisco. op. cit., p.53.

“... [criterio] *se defiende también en la sentencia de 9 de junio de 1997 (RJ1997, 4735), en la que rotundamente se declara que «ningún órgano jurisdiccional puede constituir una incapacitación sin haber examinado personalmente al presunto incapaz».*

Así, segundo el Tribunal tiene repetidamente declarado el Tribunal Supremo que la audiencia de los parientes y el examen del presunto incapaz no puede hacerse mediante exhorto sino que debe realizarse. *Por ello, siendo que el Juez aquo sólo hizo personalmente y con intervención de las partes las audiencias recurriendo para todas las demás y para el examen de la presunta incapaz a la fórmula del exhorto, procede estimar el recurso y reponer las actuaciones al estado en que se cometió la falta, para que el Juez realice personalmente y por sí mismo el examen y audiencias antes dichos incluso recurriendo, si fuera preciso, a las facultades de los artículos 268 y 275 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*²⁶⁶.

La interrogante es: de qué manera un juez puede aquilatar una incapacitación si no examina el presunto incapaz y no oye a los familiares, las tres pruebas establecida en el artículo 759 de la LEC, según se ha visto son las pruebas primordiales, no entiendo como se puede encerrar un procedimiento de incapacitación sin examinar el demandado además en esto proceso es instada la incapacitación absoluta. Es evidente que la decisión del Tribunal está correcta, es lógico que un proceso que trata de un tema sustancial no pueda prosperar sean que el juez estudie, observe directamente las condiciones personales del presunto incapaz, digo allá que analice también su entorno y las repercusiones de la enfermedad delante del ambiente en que vive.

Para ilustrar lo anterior transcribimos una decisión del Tribunal Supremo el 15 de Julio de 2005 contra una decisión proveniente del juzgado de Salamanca, la cual recayó al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal en contra de la decisión que resuelve la incapacitación absoluta de la demandante. En dicho recurso se pide la nulidad de la sentencia por la errónea interpretación de la prueba practicada por el tribunal de apelación, al no cumplir con la obligación que determina el artículo 759

²⁶⁶ Audiencia Provincial de Huesca (Sección Única). Sentencia núm. 19/2001 de 23 enero.

de la LEC. Es decir, no repitió las pruebas. La sentencia del Tribunal de Apelación fue en el siguiente sentido: *“Alega el Ministerio Fiscal que el requisito que establecía el derogado artículo 208 CC, (LEG 1889, 27) , tras la «entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se expande al Tribunal de apelación siéndole aplicable, consecuentemente, la doctrina según la cual el reconocimiento del presunto incapaz por el Tribunal no puede catalogarse como trámite procesal sino como requisito del fondo (STS 20/2/1989 [RJ 1989, 1214]). Ello es así, porque las exigencias establecidas imperativamente por el art. 759.3 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) tienen un indubitado alcance constitucional, en cuanto afecta derecho al desarrollo de la personalidad (STS 16/6/1989)».*

El tribunal decide en los siguientes términos: que conforme de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto el derogado art. 208 del Código Civil (LEG 1889, 27), al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de Apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).²⁶⁷

Concordamos con la decisión del Tribunal. Conforme hemos dicho, el juez no puede prescindir de valorar por sí mismo el ambiente en que vive una persona sobre la que se ha solicitado su incapacitación y ponderar su comportamiento dentro del contexto socio-psicológico en que vive, inclusive en grado de apelación.

- Dictamen Pericial Médico.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 759.1 establece: *“Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.* No obstante la ley establece la total importancia de este examen, en la antigua jurisprudencia se mencionaba que: *“Los tribunales de instancia no están obligados a*

²⁶⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 610/2005 de 15 julio. RJ\2005\6531.

sujetarse totalmente al dictamen pericial que no es más que uno de los medios de prueba o elemento del juicio. No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial (S. 1 de febrero y 19 de octubre e 1982) ”²⁶⁸.

La jurisprudencia actual demuestra todo lo contrario. Los jueces, en la gran mayoría de los casos de incapacitación, valoran en alto grado la opinión del especialista en la enfermedad; considerar el dictamen como una manera de llegar a la veracidad de las razones que se esgrimen para justificar la incapacitación y como una forma de ayudar al incapaz, a través de una terapia adecuada a su enfermedad a fin de que estos tengan una vida adecuada a su discapacidad.

Como forma de graduación de la discapacidad que puede servir de parámetro para los procesos de incapacitación o sea de baremos para valoración de discapacidad, instituidos en el decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, se establece el grado de minusvalía y si el presunto incapaz tiene necesidad de la ayuda de terceras personas para las actividades básicas de la vida diaria. La ley española 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad considera como parámetro para las minusvalías psíquicas, todas aquéllas que presentan un grado de discapacidad mental igual o superior a 33% y, en cuanto a las afectadas por minusvalía física o sensorial, con un grado igual o superior a 65%.²⁶⁹

El examen pericial puede ser también basado en el llamado índice de Barthel. En el dictamen técnico del facultativo se expone lo que padece el enfermo y el grado de discapacidad, así como la necesidad de ayuda de terceros. En fin, se trata de un análisis orgánico/cognitivo del presunto incapaz a través de entrevistas con un formulario preestablecido, con preguntas diseñadas para la respuesta del incapaz como de quien lo cuida. Es un cuestionario un tanto mecánico con las bondades y limitaciones de los test profesionales. Después que son contestadas las preguntas el perito sacará sus conclusiones, en las cuales determinará hasta qué punto el enfermo se encuentra alejado de la realidad y el probable grado de dependencia para la realización de las actividades

²⁶⁸ GANZENMULLER ROIG, Carlos y MORATALLA ESCUDERO, José Francisco. op. cit. p. 187.

²⁶⁹ Ley 41/2003 de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, señala en su artículo 2º: 1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular. 2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de persona con discapacidad: A) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. B) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. C) El grado de minusvalía se acredita mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

básicas de la vida diaria. Indaga esencialmente sobre la asistencia, la dimensión del auxilio, si el presunto incapaz necesita ayuda para alimentarse, lavarse, vestirse, arreglarse, la forma en que hace la deposición fisiológica, si hace uso de un retrete o de deambulación. El test para valorar el conocimiento del espacio y del tiempo consiste básicamente en las siguientes cuestiones: ¿Qué año, mes, día? ¿Cuál es la estación del año? ¿Lugar donde se encuentra en este momento? ¿En qué estado, en que piso está? Si sabe la distinción de un bolígrafo de un reloj. Si le pide para hacer una suma o resta sencillas como por ejemplo, “si se tiene 30 y se quitan 3 ¿cuantas quedan?” Por las contestaciones a las preguntas el perito determina el grado de deterioro cognitivo del enfermo. De acuerdo a la evaluación final ajustada a los resultados del test, se verifica el grado de consciencia de la realidad y se determina el grado de dependencia y el alcance de la incapacidad: grande, media o leve.

Para ejemplificar la valoración pericial del diagnóstico realizado mediante test tipos como el mencionado, así como su influencia sobre el juez, transcribimos la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara en el 22 de Marzo de 2002, en la cual, a través de un recurso de apelación, la mujer de un presunto incapaz solicita su incapacitación por ser adicto al alcohol y adjunta al proceso el soporte médico que da cuenta de su estado y que valida la incapacitación del marido. El Tribunal opta por no considerar la opinión del médico particular, que obviamente puede ser parcial y ordena la opinión del facultativo forense. En la apelación la esposa alega lo siguiente:

Que el marido padece un alcoholismo crónico; menciona que la Juzgadora a quo no tuvo en consideración que la dependencia del presunto incapaz por el alcohol lo hace una persona psíquicamente insana, por lo que reacciona con gran violencia ante cualquier situación, generando una vida familiar aterradora que inspira a la esposa temor por su integridad física y la de sus hijas; añadiendo que la aludida adicción al alcohol del apelado ha producido agresiones a su familia y múltiples ingresos hospitalarios del demandado como consecuencia de accidentes sufridos en estado de embriaguez y le ha originado un grave deterioro cognitivo que le impide ejercer sus obligaciones laborales, por lo que en la actualidad sólo cobra una escasa pensión de invalidez que emplea íntegramente en el consumo de alcohol sin entregar cantidad alguna a su esposa e hijas; invoca que hubo error en la valoración de la prueba e incorrecta aplicación del artículo 200 del C.C. cuanto la titular

del órgano decisor estimó, con base en el informe médico forense obrante en autos, que el demandado no padece ninguna patología incapacitante. Pide que le sea nombrado un tutor para que le asista en los actos de la vida civil y también que su pensión por invalidez sea percibida por su cónyuge e hijas para que puedan atender a su subsistencia.

El Tribunal estima que el reseñado informe de alta, expedido hacía más de dos años y en el que se refiere un diagnóstico, no ratificado, del año 1997, no puede prevalecer sobre el categórico dictamen emitido por el médico forense, el cual es, además, especialista en psiquiatría, y refiere, abundando en su fundamentación, haber valorado en otras ocasiones el estado del informado para internamiento psiquiátrico forzoso, en el que el perito concluye que, “...fuera de sus estados de embriaguez, el sujeto conoce el uso y manejo del dinero, está orientado y tiene capacidad de abstracción; indicando contundentemente que el alcoholismo crónico que sufre hasta el momento actual no le ha creado ninguna patología incapacitante, como podrían ser las anteriormente mencionadas (Wernike, Korsakof o encefalopatía), por lo que es capaz de gobernar y/o gobernarse, capacidad de orientación tempo-espacial (...) de otro lado, en el acta de examen del presunto incapaz efectuada por la Juez de instancia, la cual apreció únicamente un tono depresivo en la forma de hablar del explorado, producido, al parecer, por sus problemas familiares, falta de trabajo y escasez de recursos, sin que constara ninguna alteración de su pensamiento ni incapacidad física o psíquica que le impidiera valerse por sí mismo, acudir sólo en diversas ocasiones²⁷⁰. Y con base en el dictamen resuelve denegar el recurso de la mujer.

Compartimos en parte la decisión del Tribunal, especialmente cuando menciona que *fuera de sus estados de embriaguez (en el plural), el sujeto conoce del uso y manejo del dinero*. El consumo frecuente de alcohol es una enfermedad y como tal debe el enfermo estar suministrado a un régimen de protección, mediante el específico tratamiento. Por otro lado en este caso la información con la que se cuenta es que hay innumerable desavenencia familiar recurrente del comportamiento del presunto incapaz, por lo tanto hay que ponderar hasta donde la incapacitación es benéfica para el enfermo

²⁷⁰ Audiencia Provincial de Guadalajara. Sentencia núm. 115/2002 de 22. Marzo JUR\2002\119405

y que intereses conllevan a la mujer solicitar la incapacitación del marido. Para nosotros, no se puede obviar en consecuencia la adicción al alcohol, en este caso, como prueba que justifica la solicitud de incapacitación incoada.

Existen muchas patologías que están relacionadas con el uso excesivo del alcohol, la Organización Mundial de la Salud reúne en una única categoría todas las patologías relacionadas con el consumo del alcohol, denominándolas "trastornos mentales y conductuales debidos al consumo de alcohol". . Solamente a título de ilustración, ya que esto no es el tema de nuestro trabajo, vamos a detenernos sobre datos y estadísticas que ponen de relevancia el alcance social de su adicción.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS) se calcula que el uso nocivo del alcohol causa cada año 2,5 millones de muertes, y una proporción considerable de ellas (14%) corresponde a personas jóvenes. El consumo de bebidas alcohólicas ocupa el tercer lugar entre los principales factores de riesgo de mala salud en el mundo. Una gran variedad de problemas relacionados con el alcohol pueden tener repercusiones devastadoras en las personas y sus familias; además, pueden afectar gravemente a la vida socio/comunitaria.

Disentimos de la decisión del Tribunal porque el uso dañoso del alcohol es una de las causas que incapacitan totalmente un individuo. El consumo exagerado del alcohol provoca efectos sanitarios y sociales perjudiciales no solamente al adicto más especialmente a aquellos que viven en su entorno.

El uso nocivo del alcohol compromete tanto el desarrollo individual como el social, y puede afectar profundamente la vida del enfermo, devastar a su familia y desgarrar la trama vecinal y comunitaria. El uso pernicioso del alcohol contribuye de forma importante a la carga mundial de morbilidad, y ocupa el tercer lugar entre los principales factores de riesgo de muerte prematura y discapacidad a nivel mundial. El Tribunal estima: *“que el alcoholismo crónico que sufre hasta el momento actual no le ha creado ninguna patología incapacitante”*, pero el alcoholismo ya es una enfermedad incapacitante, el uso descontrolado del alcohol fue el responsable del 3,8% de la

mortalidad mundial ese año, así como del 4,5% de la carga mundial de morbilidad expresada como pérdida de años de vida ajustados en función de la discapacidad²⁷¹.

En el caso anteriormente citado el relato de la familia expresa el desajuste familiar debido al consumo del alcohol por el padre, es claro, que para nosotros es un motivo más que suficiente para incapacitar. A nuestro juicio el uso ilimitado del alcohol es fuente permanente de desajustes familiares con afectación sobre la trama cotidiana de convivencia vecinal y comunitaria y una fuente recurrente de violencia intrafamiliar.

Volviendo sobre nuestro tema, la legislación española no exige que el perito sea un especialista en la enfermedad que padece el presunto incapaz. A nuestro juicio, es una falla legislativa que puede llevar a un diagnóstico erróneo y, por consiguiente, a una evaluación de la incapacitación equivocada.

Con relación a esto estimamos necesario traer aquí el comentario de la Dra. Marta CHIMENO CANO, que aunque un poco extenso: *“En el artículo 759.2 se omite el término facultativo empleado en el derogado artículo 208 CC y hace referencia a informe médico. No se exige especialidad médica, pero lo adecuado sería que el informe fuera emitido por un médico experto en psiquiatría, pues sin una formación especializada podría resultar deficiente el resultado de la única prueba técnica del procedimiento. Asimismo también sería recomendable que el psiquiatra estuviese especializado en la realización de periciales, puesto que los métodos, objetivos y fines de trabajo del psiquiatra clínico no son los mismos que el de un psiquiatra forense. Mientras que el psiquiatra clínico actúa en un ambiente favorecido por la anuencia del paciente, el forense actúa a petición del juez, y normalmente con la oposición del presunto incapaz, siendo usuales las simulaciones y el ocultamiento de datos, que el psiquiatra forense tendrá que saber desentrañar. En la práctica nos encontramos que en numerosas ocasiones los informes médicos emitidos en procedimientos de incapacitación resultan deficientes al ser realizados por un médico forense, que, general, no tiene la capacidad psiquiátrica. El dictamen ha de elaborarse en términos claros. Esta comprensibilidad es necesaria pues si la medicina a veces resulta poco entendible, la psiquiatría es una especialidad en la que la incomprensibilidad está más*

²⁷¹ Organización Mundial de Salud – OMS. *Estrategia Mundial para reducir el uso nocivo de Alcohol*. OMS – 2010 – site www.who.int/substance_abuse/activities.

acusada. Contribuye a ello la escasa definición de muchos trastornos y síntomas, y la multiplicidad de escuelas y corrientes a veces contrapuestas. Se ha llegado a decir que la Psiquiatría y el Derecho son ciencias condenadas a vivir sin llegar a entenderse. Algunos autores critican que el jurista exija respuestas tajantes que la psiquiatría no está en condiciones de suministrar. El doble y difícil lenguaje de ambas ciencias y la dificultad de buscar campos comunes entre ellas, así como que el jurista pretenda tener capacidad y formación para comprender cualquier asunto desde todos los ángulos, hacen más difícil el entendimiento entre la ciencia jurídica y la ciencia médica. Por ello, el dictamen ha de estar escrito en términos accesibles y ser claro, preciso y lógico. El destinatario del dictamen, el juez, no tiene conocimientos técnicos especializados, y con él ha de obtener los datos imprescindibles para el establecimiento de conclusiones”²⁷².

No estamos de acuerdo con la autora cuando se expresa que *la Psiquiatría y el Derecho son ciencias condenadas a vivir sin llegar a entenderse*. Al contrario, existe un casamiento perfecto entre las dos ciencias, quizá, puede hasta ser subutilizado el Derecho en la psiquiatría, pero pensamos que uno complementa perfectamente el otro. El derecho necesita de la psiquiatría forense, porque sin el dictamen esclarecedor y pormenorizado de un especialista el juez no podrá decidir, se quedará sin argumentos científicos para abalizar su decisión. Es decir efectivamente este informe será la base en que el juzgador deberá fijarse para refrendar su juicio de valor.

No obstante ratificamos el posicionamiento de la supra citada autora cuando menciona que *“la psiquiatría es una especialidad en que la incomprensibilidad está más acusada”*, bien como que: *el dictamen ha de estar escrito en términos accesibles y ser claro, preciso y lógico. El destinatario del dictamen, el juez, no tiene conocimientos técnicos*. Las decisiones en un proceso de incapacitación en muchas veces requieren como 80% de la opinión orientada de un perito en psiquiatra forense.

Sobre los matices de la legislación pertinente al asunto, José María RIVES SEVA, exhibe el posicionamiento del Catedrático de Psiquiatría de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Alfredo CALCEDO ORDÓÑEZ, en un trabajo a efectos de la prueba pericial médica, *“...que el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil es*

²⁷² CANO CHIMENO, M. (2004): *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*, págs. 78-79.

acertado al exigir la declaración de incapacitación tras el dictamen pericial médico, concepto más amplio que el dictamen de un facultativo, ya que puede abarcarse tanto informes médicos como psicológicos y psicosociales. Añade que la prueba pericial médica, por principio, cubre aspectos del enfermar humano no alcanzables por las de tipo psicológico o psicosocial; o dicho de otra manera, sólo desde la pericial médica cabe una ponderación de los factores biológicos y sociales que conforman la enfermedad en cuanto a etiología, diagnóstico-diferencial, curso o evolución y tratamiento”²⁷³.

El autor describe realmente lo que es necesario en un proceso de cambio del status civil de una persona, que la opinión debe ser de un perito médico, todavía nada obstar que el juez solicita la opinión de otros profesionales conforme el caso requiera.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca el 13 de Marzo de 2006 nos ofrece una visión conjunta de la importancia de este medio de prueba. Se trata del recurso de apelación, por el cual el apelante solicita una revaluación del dictamen médico que concluyó en la incapacitación parcial de la presunta incapaz y por la curatela solamente en lo que respecta a los bienes. Aduce, el apelante, que el dictamen del facultativo no retrató la realidad y que la presunta incapaz debería ser incapacitada absolutamente, conforme solicita los parientes por ser una persona mayor. El Tribunal reitera la decisión de primera instancia, con relación a la incapacitación parcial y deduce: *Por el Médico Forense se consigna que "presenta buena orientación auto/psíquica, ligera desorientación temporal. No se evidencian trastornos del curso o del contenido del pensamiento. No existen alteraciones de la memoria de evocación, pero sí de la memoria reciente. No existen alteraciones de la senso/percepción. No tiene ideas delirantes ni alucinaciones" y que "la reconocida es capaz de valorar críticamente su vida, siendo capaz de elegir lo relativo a su inmediato bienestar, pero precisa de ayuda para su desenvolvimiento diario y para la administración de sus bienes"*.

Concluye la sentencia citada que en manera alguna puede afirmarse que sea errónea, por manifiestamente desajustada, la conclusión de la sentencia de instancia al declarar a la demandada incapaz para disponer y administrar sus bienes, pero capaz para gobernar su persona. Asimismo, aun cuando el Médico Forense en su informe inicial se

²⁷³ SEVA RIVES, José María. op. cit., p.50.

concluyó que la referida presunta incapaz padece trastorno demencial, con déficit cognitivo moderado-grave, por lo que carece de capacidad funcional para regir su persona y administrar sus bienes, en el acto de la vista se matizó tal conclusión, en el sentido de que, si bien no cabía duda que se encontraba incapaz para la realización de asuntos complejos y actos de disposición de bienes, consideraba que podía tener capacidad para decidir cuestiones personales en relación con su vida ordinaria”²⁷⁴.

Concordamos con el posicionamiento del Tribunal porque determina la ley que la incapacitación puede ser dividida entre personal o/y patrimonial, dependiendo del grado y del entorno en que vive el enfermo. El ámbito de actuación del presunto incapaz será establecido en la sentencia de incapacitación conforme el nivel de consciencia del demandado y la indicación del perito. No obstante la senilidad, a nuestro humilde juicio, no es causa de incapacitación, como mucho puede limitar su capacidad suplida por la curatela.

La incapacitación es un instituto destinado a la protección de la persona, lo que le inhibe de la facultad de administrar sus bienes o regir su propia vida con el objetivo de salvaguardar sus intereses, para nosotros la vejez no justifica la incapacitación absoluta cuando la persona conserva la lucidez y es capaz de regir su propia vida. Efectivamente lo que demuestra en la realidad de los juzgados es que muchas familias instan la incapacitación de personas mayores para que en la práctica sea más cómodo cuando necesiten resolver algunos problemas patrimoniales que les envuelvan.

Para el Dr. Rafael CABRERA MERCADO: *“No obstante conocemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo detectó enseguida la necesidad de que el juez se valiera al menos de un informe médico, por muy impreciso que fuera, que le ayudara en la difícil misión de detectar el alcance de la enfermedad física y/o psíquica del demandado por presunto incapaz. Y la doctrina también desde los primeros años de vigencia del Código Civil, fue unánime en este sentido afirmando que aunque no lo preceptúa la ley, el dictamen pericial médico es de todo punto imprescindible”*²⁷⁵.

Innumerables son las opiniones de doctrinarios sobre la importancia de la opinión de facultativos, médicos y especialistas. La jurisprudencia también ha resaltado

²⁷⁴ Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 129/2006 de 13 marzo JUR\2006\237224.

²⁷⁵ MERCATO CABRERA, R. op. cit., p. 303.

el valor de la avalada opinión de éstos. Quizá esta es la prueba más importante del complejo mundo de las enfermedades discapacitantes. Más adelante haremos otras observaciones y apuntes sobre el tema, especialmente cuando se aborde el papel del médico forense en los procesos de incapacitación en Brasil.

Oír los peritos es un deber legal e imprescindible quizá hasta más de dos opiniones de especialistas, quisiera, en algunos casos, ser también oído un perito indicado por el propio incapaz dependiendo de la enfermedad.

Pasaremos ahora al análisis de la sentencia y sus efectos.

3.1.3.4. Efectos de la sentencia de incapacitación:

- carácter no definitivo:

Las sentencias de incapacitación poseen efecto constitutivo porque constituyen un nuevo *status* civil. Algunos autores instituyen una diferencia entre “constitución o modificación” de tal situación civil. Para Mariano Martín Granizo: “*Y decimos ¿constitución o modificación?, con interrogante, porque en verdad tenemos nuestras dudas de cuál de dichas situaciones sea la que se opera por virtud de la sentencia. En efecto, declarada la incapacidad de una persona, ¿supone ello la constitución de un nuevo estado civil, el de “incapaz”, o implica más bien una modificación de una situación anterior que era la de plena capacidad? (...) Para los casos de que la declaración contenida en la sentencia sea la incapacidad plena, nos inclinamos a considerar que se trata de la constitución de un nuevo status civil, mientras que cuando lo declarado supone una restricción o disminución de su capacidad normal de obrar, entendemos que el efecto declarado es meramente modificativo*”²⁷⁶.

Lo cierto es que la sentencia oficializa y hace de derecho una situación informal y a partir de ésta serán establecidos derechos y obligaciones, según la nueva condición civil.

²⁷⁶ MARTÍN GRANIZO, Mariano: *La Incapacitación y Figuras Afines*. (1987): *La incapacitación y Figuras Afines*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes - COLEX, p.102.

En estos procesos sobre la incapacitación, la sentencia, aunque modifique el status de la persona y ponga fin la discusión en aquel proceso, no se considera cosa juzgada. La causa de la incapacitación puede ser nuevamente discutida en otro proceso posterior, si hay un cambio de la gradación de los efectos de la enfermedad bajo la persona. La incapacitación puede ser modificada cuando ocurran nuevos hechos o cambie para bien el estado de salud del incapaz.

Es decir, en consecuencia, la naturaleza de la figura jurídica que aquí analizamos asociada fundamentalmente a la dimensión temporal/ transitoria de las condiciones que llevan a la declaración de un estado de incapacidad, hace que esta, a diferencia de buena parte de los procesos jurídicos, no sea cosa juzgada material. Es lo que expresa la gran mayoría de la doctrina, lo que vamos mencionar la opinión de algunos autores:

La Dra. Marta CHIMENO CANO, entiende lo contrario: *“Los efectos de cosa juzgada material están condicionados a que se mantengan las circunstancias esenciales que dieron lugar al fallo y al estado psico-físico del incapaz. Mientras las circunstancias no varíen, la sentencia produce efecto de cosa juzgada material, es vinculante y tiene carácter prejudicial no siendo admisible que otro procedimiento impugne indirectamente el resultado de aquél. Si varían las circunstancias podría justificarse un nuevo procedimiento que modifique o rehabilite la capacidad del ya declarado incapaz. Según esta postura, el interés público general de la inmutabilidad de los procedimientos y la seguridad jurídica cedería ante la eventual lesión de un derecho al libre desarrollo de la personalidad”²⁷⁷.*

La Dra. CHIMENO CANO entiende que a fin de fortalecer las decisiones jurídicas, mientras no hay causa modificativa de la incapacitación la sentencia tiene efecto de cosa juzgada material, hasta hay concuerdo con la profesora. Todavía la afirmativa de que no es admisible ser impugnada por otro procedimiento no comparto de este posicionamiento porque pienso que apareciendo fatos referentes a la incapacitación que no fueran suscitados durante el procedimiento de incapacitación es posible se discutir la misma incapacitación en otro proceso bien como el restablecimiento judicial de la capacidad jurídica puede ser instada en cualquier momento desde que cese la causa de incapacitación.

²⁷⁷ CANO CHIMENO, Marta. op. cit., p.94.

La Dra. Paloma LUMEN BARTHE, va más allá cuando afirma que *“Superada con la Reforma de 1983 la defectuosa regulación anterior, no encontramos hoy en día motivo alguno para seguir manteniendo la postura anterior, por ello nosotros, siguiendo a FERNÁNDEZ LÓPEZ, consideramos que tanto la sentencia que desestima la incapacitación (declarativa) como la que la declara (constitutiva), producen el efecto de cosa juzgada formal y material. Independientemente de su naturaleza, tanto en un caso como en otro, cuando la resolución deviene firme, al pasar en autoridad de cosa juzgada material, se producen los dos efectos típicos de ésta: en adelante no se podrá incoar un nuevo proceso frente a la misma persona y por los mismos hechos o causas (función negativa o excluyente), y además cuestionada en otro proceso la capacidad de la persona, la sentencia que declara la concurrencia o la ausencia de causa legal de incapacitación tendrá fuerza vinculante y prejudicial. Esto no impide que sobrevinidas nuevas circunstancias, tal y como recoge el art. 212 CC, pueda reintegrarse la capacidad o modificarse su alcance y extensión. Esta variación, no va en contra de la cosa juzgada, sino que es consecuencia de que dicho efecto tiene unos límites temporales”*²⁷⁸.

Por su parte el Dr. Mariano MARTIN GRANIZO explica: *“En nuestra opinión la solución adecuada sería la de partir de la distinción que en el marco del derecho procesal se hace entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, para sobre dicha base y dado que cual acabamos de ver las sentencias dictadas en este tipo de juicios no impiden que pueda interesarse judicialmente una nueva declaración, caso que sobrevengan nuevas circunstancias, llegar a la conclusión de que las mismas producen excepción de cosa juzgada formal pero no material”*²⁷⁹.

Sobre lo que aquí se discute, se comparte la postura de este último autor, por las siguientes razones. La cosa juzgada formal corresponde al estado de la demanda que se considera en el momento de aquella decisión, incumbe la inmutabilidad de la sentencia con relación apenas, y solamente, de aquel proceso. Nada obsta para que, cambiada la situación y, una vez que estos procedimientos tratan sobre un tema muy subjetivo que es la capacidad y no se puede poner un punto final, el procedimiento ser rediscutido o reanalizado.

²⁷⁸ GARCIA-LUBEN BARTHE, Paloma. ob. cit., págs. 172-173.

²⁷⁹ MARTÍN GRANIZO, Mariano. op.cit. pág. 103.

Pensamos que el interés público o la protección jurídica no justifican el estancamiento de una decisión judicial que trata de estos temas. El argumento de que la cosa juzgada material es una manera de resguardar más eficazmente los efectos de la sentencia puede hacer que el cambio de una decisión judicial sea un obstáculo para la adaptación de las condiciones reales. La mera existencia de la cosa jurídica formal no impide que tal discusión jurídica resurja en otro proceso, además en los procesos sobre reintegración de la capacidad hay alteración en la causa al pedir lo que efectivamente no puede tornarse inmutable.

Acerca de lo indicado merece destacarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de fecha de 9 de febrero de 2005. En la demanda se solicitaba la incapacitación y la rehabilitación de la patria potestad de los padres. Durante el trámite y debido a la demora en el juzgado de Guadalajara la familia posteriormente interpone la misma acción delante el juzgado de Madrid, que he decidido primero por la incapacitación absoluta, pero ambos los juzgados decidirán de igual forma decretando el demandado absolutamente incapaz y restablecen la patria potestad. No obstante posteriormente a la decisión la madre no convencida interpone recurso en el juzgado de Guadalajara, solicitando que la incapacitación sea parcial mediante la curatela, merece la pena mencionar lo que el Tribunal discurre sobre los efectos de cosa juzgada:

Asimismo, la STS 876/2000 de 25 septiembre (RJ 2000, 7528), recuerda que la cosa juzgada que se basa en la irrevocabilidad de la resolución judicial, produce el efecto negativo de impedir que se replantee un tema ya resuelto por sentencia firme, respondiendo al principio «non bis in idem» y el efecto positivo de que, en un nuevo proceso, debe partirse de lo ya resuelto por la sentencia firme, que el efecto positivo (vinculante prejudicial) de la cosa juzgada actúa en el sentido de no poder decidir en proceso posterior un concreto tema, cuestión o punto litigioso de manera contraria o distinta a como quedó resuelto o decidido en el fallo precedente; igualmente STS 1022/1997 de 18 noviembre (RJ 1997, 7900) que reitera que «siendo cosa juzgada formal el efecto de la sentencia que ha ganado firmeza, la cosa juzgada material es el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído la sentencia firme (con autoridad de cosa juzgada formal), que tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso. Esta eficacia es negativa o excluyente, cuando se repite la misma cuestión y en este otro

proceso no se entra en el fondo por acogerse la cosa juzgada como excepción. Y la eficacia es positiva o prejudicial cuando dicha cuestión no es el objeto único del otro proceso, sino que forma parte de éste, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida y en ningún caso contradecir lo resuelto en la anterior sentencia»²⁸⁰.

Por fin, decide revocar la sentencia recurrida en el juzgado de Guadalajara, acordando, en su lugar, declarar la incapacidad parcial²⁸¹. Aunque sea los mismos autores, la misma causa de pedir y que la decisión que valdrá será la del juez que primero conocer el proceso, en los procesos sobre la capacidad, el elemento temporal es primordial y sus efectos no pueden ser desconsiderados, no pueden estar vedados a nuevas circunstancias o nuevas realidades. Porque en la medicina actual hay innumerables fármacos y terapias que influyen y pueden estabilizar los efectos de la enfermedad sobre la personalidad del enfermo, de forma que pueden tornar la molestia perfectamente controlada y quizá la protección jurídica se puede tornar innecesaria.

- Efecto Erga omnes:

El artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acuerda el acceso de las sentencias a Registros Públicos. *“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.”*

Este efecto concede a partir de la sentencia un cambio en el status civil del incapaz y deduce que tal decisión será extensiva a todos los actos y para todas las personas a que mantenga contacto con el incapaz de la sentencia por adelante. Este efecto tiene por objetivo garantizar las relaciones en que el incapaz figure o participe.

Conforme hemos señalado en líneas anteriores el efecto *erga omnes* es una cautela en las relaciones jurídicas en que el incapaz figure para su protección e de

²⁸⁰ Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª). Sentencia núm. 36/2005 de 9 de Febrero.

²⁸¹ En la Audiencia Provincial de Guadalajara.

terceros. Sobre esto efecto explica la Dra. LUBEN BARTHE: En el proceso de incapacitación sin embargo, por debatirse una cuestión relativa al estado civil y como consecuencia del interés público existente sobre esta materia, la sentencia producirá sus efectos *erga omnes*, lo que significa que podrá hacerse valer frente a todos, hayan sido o no parte en el proceso. Cuando una persona es declarada capaz o incapaz mediante sentencia firme, el efecto vinculante de la cosa juzgada podrá oponerse frente a todos los legitimados para pedir la declaración de incapacitación, no sólo frente a los que hayan sido parte en el proceso anterior²⁸².

- *Ex Nunc*

El artículo 199 del Código Civil determina que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial. Es decir, los efectos empiezan a valer a partir de la decisión judicial de incapacitación.

Para la Dra. Cristina AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ: *“La sentencia determina el momento a partir del cual se altera la presunción general de capacidad con efectos hacia el futuro, pero no con efecto retroactivo, aunque en algún caso parezcan considerarlo de esta manera los Tribunales”*²⁸³.

Sobre esto merece dar cabida al posicionamiento del Tribunal en la Audiencia Provincial de Girona de 7 de Junio de 2006 sobre un recurso de apelación que insta a la retroactividad de la sentencia de incapacitación. La incapaz busca la retroacción de su incapacidad y el Ministerio Fiscal figura como recurrido, menciona que a través de una sentencia el Tribunal Supremo ya se pronunció mencionando que *que «las sentencias dictadas estableciendo un estado civil, y la incapacidad lo es, tiene siempre carácter constitutivo y su eficacia es "ex nunc" y así lo ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencia, del 19 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1413). Ello supone que todos los actos y negocios jurídicos realizados por el incapaz con anterioridad a la firmeza de la sentencia son válidos, sin perjuicio de su impugnación por la parte que pueda tener algún interés, bien, por falta de consentimiento, o bien, porque éste esté viciado»*.

²⁸² LUBÉN BARTHE GARCÍA, Paloma. ob. cit. p.174.

²⁸³ RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Cristina: *Incapacitación y Mandato*, Madrid, Ed. La Ley, p. 85.

Con el objetivo de salvaguardar la soberanía de las decisiones judiciales los ordenamientos jurídicos optaran por mantener la integridad de sus decisiones concediendo el efecto ex nunc a las sentencias de incapacitación, conforme ratifica la sentencia arriba, pero nada obsta que en otro procedimiento pueda ser propuesto la anulabilidad de un acto a que el enfermo y aun no incapacitado esté envuelto antes de la sentencia de incapacitación.

Con relación a los actos practicados por algún discapacitado mental no incapacitado, conforme hemos dicho arriba estos pueden ser anulados si de ellos derivan cualquier especie de vicios, conforme demuestra la sentencia a la que conviene hacer referencia a la SAP Mallorca de 17- 04-2001, núm. 260/2001. Caso que nos remite a la interposición del recurso de apelación²⁸⁴. El recurso fue interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, por lo siguiente: la hermana del demandado y de las demandantes, era portadora de demencia senil, la incapacidad mental estaba graduada como gran discapacidad en el límite de 33%. Era una persona totalmente desprovista de discernimiento, pero jurídicamente capaz.

Las demandantes, hermanas de la enferma, le hicieron otorgar poderes a favor de ellas, así como hacer un testamento en el que instituyó herederos a los cónyuges de las mismas. Las demandantes como apoderadas negociaran una venta ficticia de una finca a nombre de sus maridos. Además, después del apoderamiento efectuaron una retirada de dinero de la cuenta corriente perteneciente a la hermana. Después de la muerte de la presunta incapaz, las apoderadas declaran la obra nueva relativa a las fincas y llevan a cabo la aceptación de la herencia.

El demandado, hermano de la difunta y no beneficiado en su herencia, alega que, aunque la fallecida no estuviera incapacitada jurídicamente, le faltaba capacidad de actuar conscientemente, por lo tanto, era notorio que tenía su capacidad psíquica disminuida y sus actos no pueden tener validez.

El juez de primera instancia, de acuerdo con las pruebas obrantes en autos, incluso los sucesivos ingresos de la enferma en el hospital y del informe pericial del médico psiquiatra, en el cual declara que se quedó desvirtuada la presunción *iuris tantum* de capacidad, decide anular todos los actos jurídicos practicados por la presunta

²⁸⁴ Audiencia Provincial de Mallorca. Sección 4ª, 17-04-2001.

incapaz que tenía sus hermanas y cuñados como beneficiarios. El Tribunal en el fallo confirma la sentencia de primera instancia; ratifica la anulación del testamento, de las escrituras y determina la reintegración de los bienes al caudal de la herencia, también la restitución del montante del dinero que estaba depositado en el banco.

En realidad, aunque la incapacitación principia con la declaración a través de la sentencia, para nosotros, es cierto que el origen de toda problemática es la enfermedad que muy probablemente es anterior al pronunciamiento de ésta, por ello abogo la necesidad de, en el procedimiento de incapacitación, se posible el juez averiguar, a través de un experto en la enfermedad o relato de la familia, de cuando probablemente la enfermedad empieza a producir efectos conforme el pronóstico de la enfermedad, o sea el cuándo el padecimiento se torno evidente y empezó a afectar la vida social del incapaz, para a partir de ese momento entonces intentar la efectiva protección judicial.

3.1.3.5 Nombramiento del Tutor o del Curador con vistas al mejor interés del incapaz:

Hablaremos en primer lugar sobre el nombramiento del tutor o curador en España. El Artículo 234 del Código Civil español dispone que para el nombramiento del tutor se preferirá:

1. *Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.*
2. *Al cónyuge que conviva con el tutelado.*
3. *A los padres.*
4. *A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.*
5. *Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.*

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor.

Con respecto, tanto en Brasil como en España teniendo en vista el principio de la economía procesal actualmente el nombramiento del tutor o curador es hecho en el

mismo proceso de incapacitación y hay la obligatoriedad de registrar la decisión en el notario.

La ley 41/2003 de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad que he modificado el Código Civil establece, establece en el art. 9º que para la designación del cargo de Tutor se preferirá al designado por el tutelado, esta modificación exalta el respecto al principio de la autonomía de la voluntad.

Para ilustrar esto conviene transcribir dos sentencias que bien demuestran la tendencia de respetar, siempre que sea posible, la opinión del incapaz. La primera ocurrió en la Audiencia Provincial de Jaén de 12 de abril de 2005. El caso que nos reporta se trata del recurso de apelación de los parientes contra el nombramiento del curador en la cual fuera designada una persona distinta de los familiares o sea la Procuradora de los Tribunales. Tal nombramiento fue cuestionado y contestado por familiares del incapacitado, en concreto sus tíos carnales, que alegan que no fueron oídos durante el proceso y que el tribunal decidió de forma incorrecta al nombrar como curadora una persona que no pertenece a la familia. Los apelados, el Ministerio Fiscal y el propio incapaz, fundamentan que el Tribunal respetó la voluntad del incapaz que no guardaba buenas relaciones con sus parientes carnales.

El razonamiento del Tribunal expone que: “...se ha tenido en cuenta la voluntad del curatelado a la hora de designarle curador, pero el nombramiento lo ha hecho la autoridad Judicial con el Informe favorable del Ministerio Fiscal una vez oído el incapacitado parcialmente, que es la persona verdaderamente interesada en el procedimiento de protección y no sus parientes.. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que entre los principios que últimamente inspiran las instituciones Tutelares se encuentra el de la Auto/tutela²⁸⁵.”

Concordamos con el Tribunal, se la ley ofrece la opción de escoja al incapaz y se esto tiene consciencia de sus actos, la decisión deberá ser suya de que sea designada una persona de su confianza como menciona acertadamente el Tribunal: “nadie es mejor que uno mismo para saber lo que le daña o le perjudica”.

²⁸⁵ Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª). Auto núm. 31/2005 de 12 abril JUR 2005\143648.

La otra sentencia proviene de Valencia de 17 de noviembre de 2005, sobre un recurso de apelación la apelada es la esposa del presunto incapaz y el apelado el propio presunto incapaz, se trata de la preferencia en el nombramiento del tutor para el presunto incapaz: es designado el hermano del enfermo para ser tutor la esposa recorre de la decisión alega que la ley le garantiza la prioridad en el nombramiento. El presunto incapaz se manifiesta y opina que prefiere el hermano para ser tutor porque ambos residen en el mismo sitio, externa que hace mucho tiempo no tiene convivencia con la esposa no hay más afecto entre la pareja, incluso que ya he adentrado con una demanda de divorcio. El Tribunal pondera y acepta la preferencia del enfermo en que el tutor sea su hermano en contra su esposa. El Tribunal acepta la escoja del presunto incapaz conforme lo establecido en el art. 234 - 1 del Código Civil, y expone algunas ponderaciones:

Conforme el artículo 234 del mismo cuerpo legal, será preferido el cónyuge que conviva con el tutelado al que se alude en el número primero del referido artículo frente al hermano, al que se designa en el número cuatro de ese mismo artículo. Ello, no obstante, en el párrafo segundo del mismo se dice que el juez, excepcionalmente, podrá alterar el orden establecido en el precepto, si el beneficio del incapaz así lo aconsejara. Por su parte el art. 244 en su número cuarto excluye del nombramiento a los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el incapacitado. De esta forma prefiere el Tribunal respetar la opinión del tutelado²⁸⁶.

Compartimos la decisión del Tribunal. La ley 41/2003 ha cambiado el art.234 del CC, conforme ya hemos señalado, actualmente la preferencia es del designado por el propio tutelado, todavía el juez puede en resolución motivada alterar el orden de preferencia del nombramiento. A nuestro humilde juicio, el juzgador hay que ponderar sobre la opinión del presunto incapaz, averiguar su grado de consciencia, su comportamiento para con los demás, se acepta el tratamiento de la enfermedad hay que se verificar las diversas matices y delante de todo decidir se puede o no aceptar la decisión del incapaz.

²⁸⁶ AP Valencia, Sec. 10ª. , 17-11-2005. SP/SENT/87936.

Con relación a la libertad concedida por la ley al juez, enfatiza el Dr. Bercovitz Cano al comentar una sentencia del Tribunal Supremo: *“La libertad concedida por el precepto a la autoridad judicial tiene su límite en el beneficio del menor o incapacitado, disponiendo que se considerará beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor. Beneficio del menor o incapacitado que debe presidir la designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar”*²⁸⁷.

Ratificamos la opinión del Dr. BERCOVITZ de que el principio del mejor interés del incapaz debe preferir a los demás, la seguridad y el bien estar del incapaz debe ser la búsqueda del juzgador. Por esto, para mí, al nombrar jueces y fiscales para ejercieren trabajos en procesos de incapacitación el poder judicial debería escoger personas comprometidas y perceptivas con los problemas sociales.

Merece la pena citar una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 09 de Junio de 2006 en la cual el juez prefiere una institución pública al hijo como tutor, porque la situación en la que se encuentra la incapaz, hace necesario realizar un pronunciamiento radical al objeto de evitar que el estado de salud de la presunta incapaz se agrave. El Tribunal resalta la absoluta falta de atención y compromiso del hijo, que es el recurrente, para prestar a su madre las atenciones más elementares, ya por sí mismo ya a través de alguna entidad encargada de tal fin, y resultando muy reacio a aplicar el dinero, que es de su propia madre *para la* atención de ella pese, debido a esto y delante de la urgencia de la situación resuelve el Tribunal determinar la tutela a una institución pública”²⁸⁸.

Teniendo en cuenta lo que hablamos arriba el descaso de la propia familia y visando el bien-estar y la seguridad del incapaz que el juez ejerce el poder discrecional y la autonomía que dispone. Vislumbrando el mejor interés en esta decisión resuelve prescindir la familia biológica al nombramiento de la persona jurídica.

- **Motivos de excusa y remoción del cargo de tutor o curador;**

²⁸⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Ed. Aranzadi, p. 357.

²⁸⁸ Sentencia de la AP de Valladolid núm.178/2006 (Sección 1ª), de 9 de Junio. Colección Jurisprudencia: Familia – Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007, Pág. 73.

En lo tocante a los porqués de excusa del cargo de tutor o curador, teniendo en vista motivos involuntarios o de fuerza mayor que le impida al ejercicio del cargo. El artículo 251 del Código Civil establece las causas de excusa: *“Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo” (...)* Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.

Este artículo enumera de forma muy subjetiva los motivos que llevan a la excusa del cargo tutelar por los familiares. Todavía compete al juez analizar cada caso en particular. Dependiendo de los motivos alegados se efectúa la transferencia de la tutela de una persona física para una persona jurídica de derecho público la cual no admite recusa. Para ilustrar esto, conviene citar una sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 17 de Abril de 2006, en que visando el mejor interés del incapaz se prescinde de la orden de prelación establecida en el art. 234 y nombra la persona jurídica como tutora, una vez que los parientes llamados no quieren ejercer, la jueza de primera instancia expone de forma brillante el verdadero sentido de la institución de protección y menciona que: *forzar a la asunción de un cargo como esto es un acto en contra del beneficio e interés del propio incapaz* el Tribunal ratifica tal entendimiento de que el juez puede:

Incluso prescindir de todas esas personas llamadas legalmente a la tutela, siempre, claro está, con las limitaciones de que lo motive y que el beneficio de aquel lo aconseje; y ello es precisamente lo que hace la juzgadora de instancia, que sin duda es la que está más facultada y en mejores condiciones para ello dada su privilegiada posición de inmediación procesal respecto a la incapaz,

Y sobre el derecho de excusa establecido en el art. 251, el Tribunal pondera con relación al nombramiento de la persona jurídica, con vistas a la recusa de los parientes: que deben ser ponderados por la autoridad judicial, pues ciertamente, al pariente llamado que pretenda librarse del cargo, no le es de recibo que sólo persiga su comodidad, tampoco puede ignorarse que de resultarle excesivamente oneroso ello iría a la postre en contra del beneficio e interés del propio menor o incapacitado.

Por fin, el Tribunal decide conceder la tutela a una persona jurídica teniendo envista el desinterés de las personas listadas en el art. 234²⁸⁹.

Concordamos con la decisión del Tribunal, conforme hemos dicho en líneas arriba la ley 41/2003 modificó el art. 239 y añadió que: *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las Leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

Para nosotros la cruda realidad demuestra en muchas veces que las familias no pretenden se encargar de sus enfermos, tampoco desean la responsabilidad para asumir un cargo de tutor o curador. Los motivos son diversos quiera sea por las razones estipuladas por la ley o por otras cualquier, poden se considerar impotente delante de la gravedad de la enfermedad. A fin de evitar el desamparo el legislador concede la opción de la persona jurídica de esta manera se he buscado otro camino para evitar el rechazo.

De este modo, a nuestro juicio, el nombramiento de la persona jurídica es la opción cuando efectivamente no hay como alguien de la familia no puede encargarse, el Estado, a través, de la administración pública, dentro de sus funciones institucionales tiene el deber constitucional de amparar y resguardar los incapacitados.

Sobre el procedimiento de excusa debe ser hecha al juicio de incapacitación en los 15 días después del nombramiento. Es evidente entonces que la prioridad es la protección de la integridad del incapaz y si no hay en la familia nadie que quiera hacer cargo de ejercer la función, es nuestro criterio, aunque la ley determina que el cargo es obligatorio, que por ser una atribución que exige convivencia e intimidad no se puede

²⁸⁹ Sentencia de la AP de Badajoz núm. 79/2006 (Sección 3ª), de 17 de abril (JUR 2006, 163555). Colección Jurisprudencia: Familia – Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007, p. 227.

imponer su ejercicio a quien no lo quiera, pues difícilmente desempeñará de forma adecuada el cargo.

Sobre el procedimiento de remoción, primeramente conviene hacer una pequeña distinción sobre lo que es la remoción y lo que es la exclusión de tutor o de curador. La remoción es proveniente de ciertos actos incompatibles con el ejercicio del cargo tal como, disputas o malos entendidos permanentes, falta de convivencia, mala fe o daño. La exclusión, como ya se ha aclarado, son causas que imposibilitan el cumplimiento de las obligaciones inherentes.

Hechas las consideraciones anteriores pasaremos a los casos de remoción de tutores. El artículo 247 del Código Civil establece que *“Serán removidos de la tutela los que después de diferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”*.

Son causas de inhabilidad las expresadas en los artículos 243 y 244 del CC, respectivamente: Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.

- Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.
- Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena.
- Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.
- Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.
- Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
- Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

Defiende el Dr. BERCOVITZ las causas de remoción se encuentran establecidas en el artículo 247, si bien, únicamente habrá que considerar inhábil al removido de una tutela anterior cuando no haya sido por una de las causas que indiquen una presunción de inidoneidad para el ejercicio de un nuevo cargo tutelar. Por lo expuesto, si la remoción de la tutela anterior procede de la existencia de una causa de inhabilidad relativa, entendida en el sentido de que la persona inhábil para desempeñar un determinado cargo puede ser perfectamente hábil para desempeñar la tutela de una persona diferente (p. ej. La enemistad manifiesta con el tutelado, existencia de importantes conflictos de intereses), no debe ser tenida, en cuenta a la hora de establecer la inhabilidad del tutor, con carácter general, para el ejercicio de cualquier tutela²⁹⁰.

Coincidimos con el autor con relación a los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior, sin embargo nada obsta que pueda ejercer otra tutela con diferente persona y bajo otras determinaciones judiciales, todo depende de la decisión del juez cuando la determinación de la medida de protección, a mi juicio efectivamente la remoción es un acto discrecional del juez, conforme determina el artículo 248 del C.C.

Están legitimados para requerir la remoción el juez que tenga conocimiento de alguna causa que pueda llevar a la remoción, el Ministerio Fiscal y el propio tutelado o curatelado, la entidad pública que esté encomendada la tutela de los incapacitados. Según supongamos deberá ocurrir el nombramiento en el cargo para que se inste el proceso, todavía para algunos autores tal nombramiento no se hace necesario para la remoción del cargo. La Dra. Marta Chimeno Cano expone su pensamiento de la siguiente manera: *“Para algunos autores la remoción implica que el cargo ya ha comenzado la gestión tutelar, por lo que no distinguen el incumplimiento de obligaciones que condicionan la posesión del cargo, de aquellas que suponen su ejercicio. Disentimos de esa posición. Ya tratamos cómo la elaboración incorrecta del inventario o su incumplimiento es causa de remoción, pese a que no se le ha dado al nombrado posesión del cargo, y no ha quedado constituida la tutela, pues la inscripción en el Registro Civil está condicionada a la aprobación del inventario; y sin esa inscripción registral no queda constituida la tutela”*²⁹¹.

²⁹⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo (2009): *Comentarios al Código Civil*, op.cit, p.390.

²⁹¹ CHIMENO CANO, Marta. op. cit., p. 166.

Efectivamente, no compartimos con este posicionamiento de la Dra. CHIMENO CANO, a diferencia de otras fundamentaciones que hemos compartido. Y lo fundamentamos por el hecho de que cuando del nombramiento del cargo el tutor o curador estos se comprometen a hacer inventario de los bienes del tutelado en sesenta días a partir de la fecha que tomó posesión en el cargo, es una condición expresada en el artículo 262 del CC. Y el artículo 247 define muy bien los casos de remoción, *“Serán removidos de la tutela los que **después** de diferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”*. (Negrillas nuestra)

De esta manera, se presupone que la remoción solamente ocurre si el ya nombrado tutor no cumple con algunas de las obligaciones establecidas en la ley y dentro está el inventario, en el plazo estipulado por la legislación.

Con relación a la inscripción en el Registro Civil será hecha después de la resolución judicial que nombre para el cargo de tutor o de curador y no está condicionado a aprobación del inventario.

Con respecto a las personas físicas estamos de acuerdo que pueden ser despojados de la tutela, pero indagamos será que las personas jurídicas ¿pueden también? Este es un asunto a dilucidar como seguidamente intentamos.

Entre aquellos que defienden como posible la remoción de las personas jurídicas están los doctrinadores, Lete DEL RÍO y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, de la siguiente manera:

Para que la tutela pueda ser ejercida por una persona jurídica, la misma deberá reunir los siguientes requisitos:

1º- Que se trata de una persona jurídica de cualquier tipo, de las legalmente reconocidas en España;

2º- Que esté válidamente constituida y no en vías de constitución o funcionamiento de hecho. Requisito que, habremos de entender, debe concurrir en el

momento de proceder a efectuar su nombramiento, pero no necesariamente antes (así, por ejemplo, en el momento de realizar la designación);

3º- Que tenga carácter no lucrativo;

4º- Que entre sus fines específicos figure la protección de menores e incapacitados.

Si a la persona jurídica le llegaran a faltar los requisitos, pese el silencio del Código habrá que entender que debe ser removida del cargo y procede el nombramiento de un nuevo tutor.

En este mismo sentido, en relación a la exclusión de las personas jurídicas, establecida en los artículos 253 y 254 el citado autor menciona²⁹²:

*No se entiende por qué una persona jurídica tutor, cuando sucesivamente sus medios devengan insuficientes para el desempeño de la tutela, no puede excusarse de seguir ejerciéndola, resultando a todas luces injusta la obligación legal de soportar una carga cuando ésta insostenible*²⁹³.

En contra, argumenta Alberto Serrano Molina en las formas siguientes: “El legislador ha mostrado con claridad su diferente concepción de las condiciones de capacidad que se exigen a una persona, física o jurídica, para acceder al cargo (arts.241 y 242C.c) y, por otra parte, de aquellas otras que hacen referencia a su idoneidad para el mismo motivo de inhabilidad. Como botón de muestra, basta la lectura del artículo 241C.c en el que se alude, por separado, a ambas clases de requisitos. Segundo: El artículo 247 C.c es un precepto jurídico de carácter sancionador por lo que aplicando una de nuestras reglas de Teoría General del Derecho, no cabe su interpretación extensiva ni su aplicación analógica: si únicamente, de acuerdo con esa norma, se erigen en causas de remoción los motivos de inhabilidad sobrevendidos, sólo ellos y no los que afecten a cuestiones de capacidad podrán ostentar tal naturaleza. Por lo tanto, si una persona jurídica decide perseguir una finalidad lucrativa o abandonar entre sus fines el de la protección de menores y/o incapacitados, lo que deberá hacer es comunicarlo a la Autoridad judicial competente

²⁹² BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo, op. cit., p.386.

²⁹³ Ídem, p. 402.

para que acuerde su cese en el cargo de tutor pero no por la vía de la remoción sino por su falta de lo que podríamos denominar capacidad de obrar especial para desempeñar el mismo”²⁹⁴.

Compartimos el posicionamiento de este último autor citado: la remoción o despojo de la tutela otorgada se destina a las personas físicas. Las personas jurídicas de derecho privado pueden delante del ordenamiento jurídico español excusarse cuando no posean aptitud para desempeñar correctamente el cargo, por falta de capacidades técnicas para lidiar con un determinado enfermo. Es lo que dispone el art. 251: “*Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*”. Si bien, que para mí, tal argumento no justifica la exclusión, especialmente de personas jurídicas de derecho público, todavía el Estado debe encontrar la manera de acoger lo que es efectivamente su función constitucional.

Ahora bien, para ratificar nuestro entendimiento acerca de lo indicado merece destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, en la que figuran como apelante la Junta de Andalucía y apelado el Ministerio Fiscal. La Junta de Andalucía interpone recurso contra la decisión que ha nombrado la Delegada de Asuntos Sociales como tutora de un incapacitado por la razón que la incapaz tiene una sobrina que puede encargarse de la tutela. El tribunal argumenta lo que se sigue: El criterio es sustentado por el Ministerio Fiscal que expone los argumentos jurídicos amparados a la interpretación del 235 del Código Civil, en que el juzgador enaltece los principios de guarda y tutela de la persona desvalida, conforme a los principios de atención y de equidad que juzgue más conveniente, e, igualmente el Ministerio Fiscal incorpora en su argumentación el artículo 36 de la Ley de las Personas con Discapacidad en Andalucía, al tiempo que conforme a lo prevenido en los artículos 172 y 239 del Código Civil, esa función, ante la ausencia de una persona adecuada de asumir la obligación es del Estado. Tal argumentación se fundamenta en el art. 49 de la propia Constitución y el artículo 242 del Código Civil. La exclusión de la tutela es solicitada por la Consejería de Asuntos Sociales. El Tribunal argumenta que: conforme la legislación de las Comunidades Autónomas, se llega, igualmente a la conclusión, que la presencia de las personas jurídicas públicas, ha de entenderse relacionada con los

²⁹⁴ MOLINA SERRANO, Alberto (1999): *la Remoción del Tutor*, Burgos, Ed. Ámbar, pág. 247.

artículos 9.2, 43.2, 49 y 50 de la Constitución; tampoco debe omitirse lo que disponen los artículos 1 y 3.2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril (RCL 1982\1051 y ApNDL 9398), sobre Integración Social de los Minusválidos, dado que los poderes públicos están obligados a garantizar su tutela en caso de necesidad con base en el artículo 234 del tan repetido Código Civil, es fundamental principio el que se contiene en su párrafo penúltimo, pues establece una directriz con diamantina claridad: el mayor beneficio e interés del incapacitado.

Por fin sustenta el Tribunal que: *en este supuesto idéntico, también se llega a la conclusión de que el artículo 254 carece de sustento, para sostener la renunciabilidad del nombramiento por parte de las personas jurídicas, ya que es obligado reconocer que una Administración Pública ha de asumir las cargas, anejas a su función, y, más todavía cuando son traducibles en servicios solidarios, en relación con los más marginados de la sociedad, máxime cuando las alegaciones de la recurrente no ponen en entredicho la insuficiencia de medios, para el desempeño adecuado respecto de la tutela prevista en el artículo 251.2 del tan repetido Código Civil*”²⁹⁵.

Y finalmente, desestima el Tribunal el recurso de la Junta de Andalucía. Comparto de la decisión del Tribunal. El artículo 254 del Código Civil dispone que la excusa no se aplique a las personas jurídicas de Derecho Público.

Concordamos plenamente con las ponderaciones del Tribunal obligación constitucional del Estado amparar sus ciudadanos conforme el establecido en la carta magna española artículo 49.

De igual forma, conviene citar una decisión de primera instancia de Salamanca el 14-11- 2011. Tratase de conflictos familiares que tornan totalmente imposible la compatibilidad con el cargo de tutor ejercido por el padre. El Ministerio Fiscal solicita la remoción alegando que de “*Las diligencias pre/procesales obrantes en esta fiscalía, se desprende que circunstancias sobrevenidas han provocado que el tutor deba cesar en el cargo por haber surgido problemas graves de convivencia entre ambos, en los términos del artículo 247 del C. Civil.*

²⁹⁵ Juzgado de 1ª Instancia de Número 6 de Córdoba, en los Autos 407/1992, de fecha 7 de Junio de 1999.

Los problemas graves de convivencia que el Ministerio Fiscal reporta se sujetan a que el hijo es portador de psicopatología y toxicómano. Ocurre que las agresiones físicas con el padre, que tuvieron por consecuencia una costilla rota del hijo, se debe a que el padre incumple con la pensión por su incapacidad permanente que suman el total de 7.895,30 euros año (esto referente al año de 2009). Según declaración de la madre las agresiones entre padre e hijo son mutuas y siempre constantes relata que el hijo es portador de arma de fuego. Ambos fueron condenados por delito de maltrato; pero para el hijo ocurren las circunstancias eximentes por ser considerado incapaz jurídicamente.

El padre acepta la remoción del cargo, sugerida por el Ministerio Fiscal, en documento que expone lo que sigue: Las tensiones que se han producidos en la familia por las citadas dolencias y problemas mentales del hijo consta que el hijo es un paciente psicótico con una diagnosis de Esquizofrenia Paranoide asociada y complicada por las diferentes adicciones que ha padecido. Por esta durísima enfermedad el hijo produce una explosiva situación familiar dados los roles encontrados solicita la designación de una institución sea la que se haga cargo del hijo

El Auto que defiere la remoción establece que: *“Por el Ministerio Fiscal se ha tenido conocimiento que circunstancias sobrevenidas han provocado que el tutor deba cesar en el cargo por haber surgido problemas de convivencia ente ambos, en los términos que lo exigen el artículo 247 del Código Civil. Y nombra como Tutor a la Junta de Castilla y León”*²⁹⁶.

Hay que señalar que el proceso de remoción es un instituto de protección que tiene por objeto allá de otras razones evitar la malversación del tutor de los bienes del tutelado. En estos casos emerge el principio de inspección de los jueces y en especial del Ministerio fiscal que debe especialmente velar por el resguardo patrimonial de los incapaces. Sin embargo, en la mayoría de los casos de solicitud de incapacitación prevalece el interés execrable sobre los bienes patrimoniales o el dominio, por parte algunos de los parientes, de los bienes del presunto incapaz. El poder público debe cumplir su poder fiscalizador y averiguar cualquier tipo de procedimiento que vulnere las obligaciones del tutor.

Con relación a esto conviene citar un ejemplo de pedido de remoción retratado en la Audiencia Provincial de Toledo de 18 de Mayo de 2006. El caso gira sobre una

²⁹⁶ Juzgado de Primera Instancia. N. 8 de Salamanca. Procedimiento: Tutela 0000866/2011.

inhabilidad y por consiguiente remoción por venta sin autorización judicial de bienes pertenecientes al patrimonio del tutelado, decidiendo el Tribunal de la siguiente manera:

“La remoción de la tutela está más que justificada, pues en primer lugar el tutor incurrió en causa de inhabilidad para su ejercicio al ser declarado en quiebra la mercantil de la que era administrador, y aun cuando es cierto que el archivo de la quiebra implica la rehabilitación del quebrado, la desconfianza surge no tanto por el hecho de la quiebra, cuanto por el hecho de la ocultación al juzgado de haber incurrido en dicha causa de inhabilidad, de tal modo que aun desaparecida la misma, lo que persiste es la desconfianza hacia el tutor y así lo manifiesta con acierto la resolución judicial”.

Adherido esto relata el Tribunal, concurre otra causa gravísima de remoción, consistente en haber vulnerado el tutor la radical prohibición que le impone el art. 271 del CC, o sea he enajenado bienes inmuebles del tutelado, tres fincas sin autorización judicial, y después otras dos. Por último, el tribunal expone que el tutor no ha rendido cuentas del ejercicio de su gestión, por esto no ha permitido al juzgado conocer el destino dado a los bienes e ingresos de la tutelada durante el ejercicio de su cargo²⁹⁷.

Para nosotros la decisión del Tribunal está correcta con relación a la remoción del tutor, no obstante, es cierto que hubo vulneración del artículo 271-2 del CC, todavía pienso que la venta de las fincas deberían ser anuladas con base en el artículo 1.300 del CC que establece las hipótesis de la falta de validez del contrato, para mí, el contrato he vulnerado claramente una disposición legal básica que fuera justamente la necesidad de la autorización judicial para la validez del acto.

3.2. Procedimiento de Interdicción en Brasil.

Brasil adoptó el sistema legislativo basado en el derecho romano a fin de asegurar la protección de los incapaces, a través de las figuras institucionales de la tutela

²⁹⁷ Sentencia de la AP de Toledo, núm.47/2006 (Sección 1ª), de 18 de Mayo. Colección Jurisprudencia: Familia – Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007, pág. 200.

y curatela, se delimita la interdicción, o más precisamente la curatela, de acuerdo con el entendimiento de la persona sobre la realidad, su grado de discernimiento y su independencia para ejecutar las actividades básicas.

El procedimiento de interdicción y las declaraciones de prodigalidad en Brasil comportan la jurisdicción voluntaria, en proceso especial declarativo ordinario; pero en el caso de que se dieran controversias en el transcurso del proceso se trasladará el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. Es un procedimiento de muy larga duración y en una provincia grande puede tardar hasta dos años; tramitan en las varas destinadas a la familia y sucesiones, el foro será siempre del domicilio del interdictado.

Como ya se ha aclarado antes los procedimientos de interdicción se destinan a los mayores que, por causas duraderas, no pudieran expresar su voluntad, a través de la curatela, ésta deberá ser debidamente graduada conforme a las consecuencias de la enfermedad sobre la personalidad del enfermo²⁹⁸.

Para Caio Mário DA SILVA PEREIRA inciden en la curatela todos aquellos que, por motivos de orden patológica o accidental, congénita o adquirida, no están en condiciones de dirigir a su persona o administrar sus bienes, visto que son mayores de edad²⁹⁹.

Al pródigo se le considera interdicto para aquellos actos estipulados en la legislación³⁰⁰, que se encuentran determinados en el Código Civil. Los actos en los que los pródigos no pueden practicar, serían: prestar, transigir, hipotecar; esto es, podrá realizar los actos que no involucren el patrimonio y de su familia.

En Brasil, todo procedimiento judicial bien sea de jurisdicción contenciosa bien sea de naturaleza voluntaria, será siempre reducido a término común, siempre por escrito en dialecto natural, aunque podrá adoptar también los medios electrónicos. Sobre esto conviene citar el artículo 154 del Código de Proceso Civil brasileño³⁰¹ que establece que: *“Los términos y actos procesuales no dependen de forma determinada sino cuando la ley expresamente lo exige, considerándose válidos los que, realizados de*

²⁹⁸ Código Civil Artículo 1.772: Pronunciada la interdicción el juez determinará según el estado o desenvolvimiento del enfermo, los límites de la curatela.

²⁹⁹ DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. op.cit.pág. 110.

³⁰⁰ Artículo 1.782 del Código Civil Brasileño: *“No pueden el prodigo sin curador: emprestar, transigir, dar recibo, alienar, hipotecar, demandar o ser demandado”*. op. cit. p.493.

³⁰¹ Código de Proceso Civil Brasileño. Ley 5869/ 11 de enero de 1973. Consulta hecha en el sitio web [www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

otro modo, cumplan la finalidad esencial. Párrafo único: Los tribunales, en el ámbito de la respectiva jurisdicción, podrán disciplinar la práctica y la comunicación oficial de los actos procesales por medios electrónicos, atendidos los requisitos de autenticidad, integridad y validez jurídica”.

- Legitimación activa para la interdição:

En el artículo 1.104 de la Ley de Procedimiento Civil se establece que el procedimiento de interdicción comenzará por iniciativa de los legitimados activamente para incoar el procedimiento de interdicción. No hay preferencia de grado jerárquico, éstos son los siguientes³⁰²:

- los padres o tutores;
- el cónyuge no separado judicialmente o que viva en unión estable,
- los descendientes
- el Ministerio Fiscal,

En la falta o en la incapacidad de éstos o en caso de enfermedad mental grave, cabiendo formular el pedido en requerimiento dirigido al juez, debidamente instruido con los documentos necesarios y con la indicación de la providencia judicial³⁰³.

En el caso del art. 1.780 del Código Civil expone que: Al requerimiento del enfermo o del portador de deficiencia física, o, en la imposibilidad de lo hacer, de cualquier de las personas la que se refiere el art. 1.768 del CC será dado al enfermo curador para cuidar de todos o de algunos de sus negocios o bienes.

El artículo 1.768 establece:

I - Por los padres o tutores;

³⁰² Art. 1.177 Código del Proceso Civil. Ley 5.869 de 11 de enero de 1973.

³⁰³ Código de Proceso Civil brasileño. Ley 5.869. ob. cit. Artículo 1.104: El procedimiento empezará por provocación del interesado o del Ministerio Público, pudiendo formular el pedido en requerimiento dirigido al juez, debidamente instruido con los documentos necesarios y con la indicación de la providencia judicial. Consulta hecha en esta dirección www.planalto.gov.br

II - Por el cónyuge o por cualquier pariente;

III - Por el Ministerio Fiscal;

El ordenamiento jurídico brasileño no admite que el propio presunto incapaz inste su interdicción, la legislación es tajante, no admite excepciones.

Menciona Washington de BARROS MONTEIRO que no se permite a otras personas el requerimiento de interdicción, porque la legislación es limitante³⁰⁴.

Sobre la legitimación activa conviene citar una sentencia del Tribunal de justicia de Sergipe el 04 de Junio de 2012. Se trata de un pedido de curatela solicitada por la compañera del presunto incapaz. El Juez de primera instancia juzga improcedente el pedido porque entiende que la compañera es parte ilegítima para solicitar la incapacitación porque no he juntado una sentencia de reconocimiento de “unión estable” o unión de hecho. La apelante alega que he comprobado la unión estable a través de relatos de la madre del presunto incapaz y de los hermanos, bien como del atestado de nacimiento de la hija de la pareja. El juez de primera instancia entiende que la compañera no está legitimada a instar la incapacitación conforme lo que establece el artículo 1.768 del CC y resuelve extinguir el proceso sin juzgamiento del mérito. La compañera apela de la decisión al Tribunal de Justicia de Sergipe. El tribunal de Justicia resuelve por unanimidad revocar la decisión de primera instancia con base en que la compañera aunque no esté legalmente inserida en una unión estable se encuentra legitimada para instar el procedimiento de incapacitación, para el tribunal porque se incluye en el art. 1.768 - II del CC, que menciona que la incapacitación puede ser instada por “*cualquier pariente*”³⁰⁵.

Discuerdo de la decisión del Tribunal porque el cónyuge o la compañera no son considerados parientes en el ordenamiento jurídico y se es admitido sentar precedente sobre la legitimación activa, a mí modesto juicio, la justicia puede vulnerar los derechos del presunto incapaz.

³⁰⁴ BARROS MONTEIRO, Washington. op. cit., p. 294.

³⁰⁵ Tribunal de Justicia de Sergipe - Apelación Civil núm. 2108/2012, el 04 de Junio de 2012.

El juez también lo puede solicitar la incapacitación ex/oficio; en estos casos instará la incapacitación el Ministerio Fiscal conforme lo establecido en el artículo 1.769 del CC:

I - En los casos de enfermedad mental grave;

II – Si las personas mencionadas en los apartados I y II del artículo 1.767 no instaren;

III - Si existieren, pero fueren incapaces las personas mencionadas en el inciso anterior.

En este caso el Ministerio Fiscal actuará como autor y será designado curador para el proceso es lo que establece el artículo 1.179³⁰⁶.

Pero con relación al pródigo el Ministerio Fiscal no tiene legitimación para solicitar la interdicción, nosotros pensamos, que con esto el legislador pretendió proteger los intereses patrimoniales de la familia.

Sobre la legitimación activa del Ministerio fiscal hablaremos más detalladamente en apartado específico.

En el marco de las observaciones anteriores, conviene citar un recurso de apelación del Tribunal de Justicia de Sao Luís de Maranhao de fecha de 27 de Julio de 2006. La finalidad de este proceso es la obtención de una pensión vitalicia requerida por la supuesta hija de la presunta incapaz, esta última tenía derecho debido al fallecimiento de sus padres, a un salario por ser dependiente de estos. El apelante es el Ministerio Fiscal representando la presunta incapaz y la apelada es la presumida hija. El tribunal se posiciona de la siguiente manera mencionando que la apelación fuera interpuesta por el Ministerio Fiscal de primer grado de la ciudad de Caxias – Maranhao, en el proceso ajuizado por Élima María S. S pidiendo la interdição y curatela de Terezinha de J.S.S. El Ministerio Fiscal alega falta de cumplimiento del rito procesal, en o sea falta de legitimación activa. Registra que la motivación de la demanda es la concesión de una pensión vitalicia para la presunta incapaz. La supuesta incapaz expresa que no es

³⁰⁶ Quando a interdição for requerida pelo órgão do Ministério Público, o juiz nomeará ao interditando curador à lide (art. 9º). Art. 9º O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;

portadora de ninguna enfermedad mental y a la demostración del laudo médico alega que no tiene enfermedad grave que le pueda tornar incapaz para la realización de actos de su vida o negocios”. La apelada y supuesta hija pide la interdicción mediante la curatela con base en el artículo 1.780 del Código Civil del Brasil³⁰⁷.

El dictamen del Tribunal se resume a continuación. La controversia debiese que la apelada, conforme los laudos médicos, es portadora de las siguientes enfermedades: colitis crónica, nódulo en el pecho, osteoporosis, todavía no menciona ninguna enfermedad mental. Esta dependía financieramente de sus padres hoy ya fallecidos; era hija única. Después de la muerte del padre ella y la madre sobrevivían de la pensión dejada por el padre, con la muerte de la madre dejaron de percibir la dicha pensión. Con todo, por las pruebas anexadas al proceso, alega el tribunal que, no es posible saber cuál es el vínculo o el grado de parentesco entre apelante y apelada, porque este es un requisito indispensable para la proposición de la acción de interdicción.

Por su parte alega el Ministerio Fiscal que no hubo audiencia de instrucción y juzgamiento. Por fin, el tribunal decide, que delante de pruebas que comprueben la legitimación de la apelada, es conveniente anular la sentencia de primero grado³⁰⁸.

Concordamos con el tribunal que la ley es restrictiva y si no hay comprobación del grado de parentesco es imposible deferir una interdicción.

En el proceso de interdicción conforme hablamos anteriormente el juez de primera instancia del local donde resida el presunto incapaz es competente para apreciar la interdicción. El juez después de “recibir la petición” dará “vista al Ministerio fiscal” que ordenará citar a los interesados para contestar la petición en quince días.

³⁰⁷ Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

³⁰⁸ Tribunal de Justiça de São Luís do Maranhão. Apelación Civil: 002475 – 2006 (1ª Câmara Cível), 27/07/2006. Investigación hecha en el site: jusbrasil.com.br

3.2.1. Fases procesuales:

3.2.1.1. De la postulación:

Tal como hemos visto, el proceso de interdicción empieza con la solicitud de los legitimados, “*petición inicial*” que son las personas arriba citadas. La fase de postulación es caracterizada por una petición inicial o la demanda en el que son expuestos los hechos y fundamentos, las causas en que se fundamentan y el pedido. En esta deben ser expuestos todos los motivos, los derechos subjetivos y el interés del autor en la demanda.

En la petición inicial el autor tiene que exponer lo establecido en el artículo 282 del Código de Proceso Civil (CPC) (Ley 5.869 de 11 de enero de 1973) o sea:

- Identificar el Juez o el Tribunal a la que es dirigida; indicar el órgano judicial.
- Los nombres, apellidos, estado civil, profesión, residencia del autor o del representante;
- Los hechos y los fundamentos jurídicos del pedido. Una exposición clara y detallada de los hechos; el nexo jurídico entre los hechos y el derecho que se pretende ejercitar.
- El valor de la causa
- Las pruebas mediante las cuales el autor pretende demostrar la verdad de los hechos; anexar los documentos necesarios para la proposición de la acción;
- El requerimiento para citar el demandado.

En los casos de interdicción en la solicitud inicial, el interesado probará su legitimación, especificará los hechos que revelan la anomalía psíquica y señalará la incapacidad del interditando para regir a su persona y administrar sus bienes, de conformidad con el artículo 1.180 del C.P.C.

La petición inicial deberá ser despachada³⁰⁹ por el Juez competente, si tratándose de incapacitación es del sitio en que resida el presunto incapaz. El juez analizará la solicitud y puede diferir la citación del presunto incapaz, no pudiendo ser hecha la citación por edicto o por la hora cierta, o solicitar que la petición sea revisada y ajustada a las formalidades si faltara algún dato relevante. Hablaremos sobre esto en la fase destinada al saneamiento o revisión de la petición inicial.

Los efectos del despacho pueden ser positivos o negativos. En el primer caso, de acuerdo con los artículos 262 y 299 del C.P.C empieza el plazo para la contestación, excepción o reconvencción; de otro modo, si el despacho es negativo sucede la extinción de los efectos de la proposición de la acción. Pero en los procesos de incapacitación, conforme hablamos arriba que se trata de procesos especiales de jurisdicción voluntaria debe el juez conforme el artículo 1.181, citar el interdictando para, en el día designado, comparecer delante del juez, que lo examinará, interrogando minuciosamente acerca de su vida, negocios, bienes y de más que estime pertinente para averiguar su estado mental, reducido el auto a preguntas y respuestas. En el caso no sea posible el desplazamiento del enfermo el juez irá donde resida.

La solicitud o la causa solicitada en los proceso de incapacitación, conforme hablamos en líneas arriba, es la prestación jurisdiccional mediante la protección institucional, conforme jurídicamente se ajuste al motivo de la incapacitación.

Una vez despachada la petición el artículo 1.181 determina que el interdictando será citado para, en día designado, comparecer delante del juez, que lo examinará interrogando en los términos arriba indicados. Menciona Humberto THEODORO JÚNIOR, citando a MENDONÇA LIMA que *“El interrogatorio es parte importante del procedimiento, sin embargo su falta no provoca la nulidad, si la pericia provee datos precisos sobre la alienación mental del interdictado”*³¹⁰.

³⁰⁹ Despachar es la expresión utilizada por el Código de Proceso Civil Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º 10.1973).

³¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto (2000). *Curso de Direito processual Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Forense p. 399.

No compartimos el posicionamiento del eminente autor porque la actual jurisprudencia viene posicionándose sobre la importancia del juez para examinar personalmente el presunto incapaz. Es de trascendencia y relevancia que el magistrado tenga un contacto directo con el enfermo, comprenda las consecuencias de la enfermedad en la vida del afectado, cuales fueran efectivamente sus causas, de manera que el juez tenga elementos de juicio para formarse un criterio respecto de los hechos y de las partes. La exploración del estado físico y mental por el juez es fundamental y las observaciones de la situación psico/social son de suma importancia para la aplicación de la medida exacta de la protección.

Para validar nuestro posicionamiento vamos a transcribir el resumen de una sentencia del Tribunal de Justicia de Santa Catarina, Paraná el 10-01-2012. El caso que nos reporta se trata de un pedido de interdicción solicitado por el hermano de la presunta incapaz, la sentencia en primera instancia decide no conceder la interdicción, posteriormente el Tribunal anula la sentencia de primer grado. El Tribunal conoce el recurso y decide por votación unánime lo que se sigue:

“Interposición del Recurso de apelación contra la sentencia que he jugado improcedente el pedido de interdicción de su hermana G.A.F. (...) El apelante arguye la nulidad del laudo pericial, menciona que allá del contradictorio incompleto tal examen fuera hecho por una perita impedida judicialmente para examinar a la presunta incapaz. Asegura que hubo una ofensa al artículo 1.183 del Código de Proceso Civil porque no se ha realizado el interrogatorio de la interditanda tampoco fueron inquiridos los testigos. El apelante justifica la solicitud de interdicción porque su hermana es portadora de una grave patología psíquica y además es propietaria de un único inmueble que procede la interdicción como forma de resguardar tal bien evitando su dilapidación, por la enferma. La Procuraduría general de Justicia solicita el proveimiento del recurso de apelación. [El voto] El artículo 1.177 del Código de Proceso Civil establece que el interditando deberá ser citado para comparecer en juicio a fin de ser interrogado “minuciosamente” acerca de su vida. Después el interditando tiene el plazo de 5 días para impugnar el pedido. Discurrido in Albis el citado plazo el juez deberá nombrar perito para proceder al examen, realizándose en la secuencia la audiencia de instrucción y enjuiciamiento. En el caso en debate la

interditanda no compareció a la audiencia, sin embargo el Magistrado ordenó que se aguardase el agotamiento del plazo de impugnación”.

Para nosotros ya se vislumbra en este caso la ocurrencia de nulidad de la sentencia de primer grado, porque el juez debería tener designado una nueva fecha para el interrogatorio dado que se trata de un acto jurídico imprescindible.

DE SALVO VENOSA, sobre o tema, advierte que *"El interrogatorio del interditando es fundamental en este procedimiento. Pode ocurrir que el estado de debilidad mental no permita cualquier manifestación o locomoción por parte del citado. Si el interditando no puede desplazarse, el juez deberá dirigirse al local donde él se encuentra para realizar el interrogatorio. Si la persona no puede expresarse, el juez deberá hacer constar el hecho en el proceso, describiendo aquello que fuera de interese para el proceso (...). El contacto directo del interditando con el juez posibilita que este, a primera vista, pueda ya formarse su concepto, independientemente del laudo pericial, que también es esencial"*³¹¹

Finalmente el Tribunal decide: *"...delante de esta secuencia de actos irregulares que son contrarios al procedimiento impuesto por la ley adjetiva, no resta otra alternativa que no sea la declaración de la nulidad de la sentencia de primera instancia"*³¹²

Después del interrogatorio existe un plazo de impugnación de cinco (5) días, conforme al artículo 1.182 de C.P.C:

Dentro de un plazo de 5 (cinco) días contados desde la audiencia del interrogatorio, podrá el interditando impugnar el pedido o solicitud.

§ 1º - Representará el interditando en los autos del procedimiento o el órgano del Ministerio Público o, cuando fuera este o requirente, o curador à lide.

§ 2º - Podrá el interditando constituir abogado para defenderse.

§ 3º - Cualquier pariente causahabiente podrá constituirse abogado con los poderes judiciales otorgados por el interditando, respondiendo por los honorarios.

³¹¹ DE SALVO VENOSA, Silvio. (2002): *Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Atlas*, p. 421.

³¹² Tribunal de Justicia de Santa Catarina, Apelación Civil – AC 413964 SC – 2011- 041396-4, Desembargador Relator: Jorge Luis Costa Beber, 2012-01. Comarca de Xaxim.

La impugnación en este proceso es considerada una respuesta contraria del presunto incapaz a su incapacitación. Podrá esgrimirse para ello las excepciones señaladas de incompetencia, de sospecha del juez o el impedimento del mismo. La impugnación puede ser requerida por el órgano del Ministerio Fiscal; por abogado constituido por el interditando; por el curador a lide; por abogado constituido por los parientes.

Para ilustrar la impugnación basta referirnos a la sentencia dictada en jurisdicción de la ciudad de Sao Paulo de fecha de 15 de Marzo de 2011. El recurso es contra la decisión que anuló la curatela de los padres de la recurrente luego después del interrogatorio de los presuntos incapaces. La hija requiere la interdicción de sus padres a través de la curatela, alega que sus padres no tienen condiciones de autogobernarse, en especial de mantener el tratamiento psicológico, así como también encontrarse el padre en situación de tratamiento quimioterapéutico. La hija alega que los padres tienen perturbaciones mentales que los imposibilitan a seguir los tratamientos conforme las recomendaciones médicas. Por esto requirió la curatela provisoria lo que fuera diferido preliminarmente.

Sucede que después de tal interrogatorio hecho personalmente por la jueza, esta resuelve basada sobretodo en la conversación sostenida con coherencia y sin visos de anormalidad con los supuestos incapaces, y en las ponderaciones del Ministerio Fiscal, suspender la curatela. La hija interpone el recurso - agravo de instrumento -, en lo cual se requiere un posicionamiento del Tribunal sobre una decisión interlocutoria del juez de primero grado. El Tribunal decide por solicitar a la Procuraduría General de Justicia opinión sobre el proveimiento del recurso. El Tribunal argumenta: Es cierto que el pedido de interdicción de los padres de la agravante basase en informes de evaluación del médico neuropsiquiatra que confirma la supuesta enfermedad mental de los presuntos incapaces. Además de la vehemente impugnación formulada en las respuestas dadas por los supuestos incapaces, la jueza adicionalmente valoró también la declaración del médico que afirma que el informe fuera hecho para obtener la asistencia médica domiciliar del seguro salud. Todo esto, de hecho vació la verosimilitud de las

alegaciones iniciales dando origen a la revocación operada (...) [por lo que] merece ser mantenida la suspensión de la curatela hasta la realización de la pericia médica³¹³.

Compartimos el posicionamiento del Tribunal, porque la interdição de los padres, estaba lógicamente condicionada a la enfermedad de los mismos y se esta no existe no hay razón de ser para la instar. Tal facto fuera ratificado por el interrogatorio y el experto perito constató la ausencia de indicios de falta de capacidad.

Pasaremos ahora a la fase más importante a nuestro juicio que son las pruebas.

3.2.1.2. Probatoria, especial releve a la participación de los facultativos:

Para Pontes de Miranda las fuentes de la prueba son “...*los medios por los cuales el juez recibe los elementos o motivos de la prueba: los documentos, los testigos, las declaraciones de las partes. Elementos o motivos de prueba son los informes sobre los hechos o juzgamientos sobre ellos, que derivan del uso de aquellos medios*”³¹⁴.

La prueba es así un elemento instrumental para que las partes influyan en la convicción del juez o el medio de que este se sirve para averiguar sobre los eventos, actuaciones o hechos en que las partes fundamentan sus alegaciones. Es ella, como resume Moacyr AMARAL SANTOS “...*la suma de los hechos generadores de la convicción, evacuados durante el proceso*”³¹⁵.

La prueba pericial es la más importante e indispensable en los procesos de interdicción en la legislación brasileña. El artículo 1.183 del Código Procesal Civil menciona que transcurrido el plazo a que se refiere el artículo antecedente, el juez nombrará el perito para proceder al examen del interditando. Presentado el laudo, el juez designará audiencia de instrucción y juicio. Decretada la interdicción el juez nombrará curador al interditando.

³¹³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMARCA DE SAO PAULO. Processo: AI 4112753220108260000 SP Relator(a): José Roberto Bedran, Agravo de Instrumento núm.: 990.10.441275-3, agravante: R.H.D.P, Agravados: J. D. J y D. D. P. de 15 de Marzo de 2011.

³¹⁴ PONTES DE MIRANDA. (1947) “Comentarios al Código Procesal Civil”, Vol. II, pág. 155.

³¹⁵ AMARAL SANTOS, MOACYR. op.cit., p. 331.

El artículo generaliza al no especificar que la pericia debe ser hecha sobre el aspecto físico/psíquico de la deficiencia, por un experto en la enfermedad, que dará causa a la interdicción. Esto efectivamente viene dando origen a numerosos casos de interposición de recursos y nulidad de sentencias proferidas por jueces que aceptan laudos médicos de especialistas que no tienen conocimiento con la molestia, limitación o enfermedad motivadora de la interdicción, como ya se he mencionado en el artículo anterior.

En efecto, la legislación brasileña aunque no sea tan enfática como la española, ya que solamente se refiere al examen por un perito, induce a que la gran mayoría de los jueces brasileños sean muy cautelosos al decretar la interdicción. No sólo se fundamentan en las informaciones de los parientes más cercanos, en la audiencia del presunto incapaz, sino especialmente en el laudo de un perito sobre la enfermedad.

Los legitimados pueden en cualquier fase del procedimiento de instrucción solicitar varias pericias, de varios expertos, incluso informaciones de órganos públicos, en fin que extienden el alcance de su actuación en el campo para procurar todos los medios que soporten la autenticidad de los hechos y viertan objetivamente las intenciones de los solicitantes en busca de la verdad material.

La doctrina y la jurisprudencia disienten sobre la necesidad de la realización de la audiencia de instrucción y juicio. Para Humberto Theodoro Júnior: *La realización de audiencia no es obligatoria, tal como si sucede en el procedimiento ordinario de jurisdicción contenciosa. Si no hay cuestiones complementarias y los interesados dispensan cualquier esclarecimiento sobre el laudo y no requieren testigos, el juez puede, desde luego, juzgar la causa con base en la pericia*³¹⁶.

A nuestro juicio, conforme hemos venido argumentando en líneas anteriores el proceso de incapacitación, aunque no genere cosa juzgada, debe intentar agotar todos los trámites procesales. Así la audiencia de instrucción y juicio es una herramienta importantísima para la elucidación de los hechos, puesto que es en ésta que ocurre el interrogatorio del enfermo, oídos los testigos -regularmente parientes y vecinos- en fin es una etapa elucidación de los hechos que no debe ser suprimida. Además, efectivamente a partir de la audiencia de instrucción y juzgamiento empieza el plazo para las impugnaciones.

³¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 400.

Hechas las consideraciones anteriores conviene citar una sentencia del Tribunal del Distrito Federal de 22 de agosto de 2007, que bien expresa esto que hemos descrito. Es requerida la incapacitación del padre por el hijo. Este adentra con agravio de instrumento contra la decisión que deniega la audiencia de instrucción y juicio en el procedimiento de incapacitación. Alega el agravante que el laudo pericial psiquiátrico no fuera conclusivo con relación al probable momento del comienzo de la enfermedad. El juez de primer grado entendió no ser necesaria la realización de audiencia de instrucción y juicio. Sin embargo, sustenta el agravante (el hijo) que hay omisiones y contradicciones en el laudo pericial que deben ser aclaradas. Debido a esto la decisión impugnada tenía negada la vigencia del art. 435 del CPC, que dispone que la parte que desear esclarecimiento del perito requiera al juez que ordene su comparecencia ante la audiencia.

La Douta Procuradoria de Justicia —máxima jerarquía dentro de la institución de la fiscalía de Brasil— opina por el conocimiento parcial del recurso de agravio de instrumento, para la realización de la audiencia de instrucción y juicio. El Tribunal entiende que la idea formada sobre el facto no extingue los medios de prueba y el proceso es solamente un instrumento para dar una idea sobre el ocurrido y como tal debe ser una herramienta socio-político-jurídico y se pronuncia de la siguiente manera³¹⁷:

Creemos que la prueba no puede ser entendida solamente como el estado psíquico originado sobre el hecho y en virtud de la producción del instrumento probatorio. Es necesaria una visión subjetiva de la prueba, o sea la convicción formada en el espíritu del juzgador en torno del hecho demostrado no agota el concepto de prueba, sino que también se revela como medio para demostrar objetivamente la existencia del facto.

Con mucha elocuencia menciona que la efectividad del proceso constituye expresión resumida de la idea de que el proceso debe ser apto a cumplir integralmente toda su función atingiendo en todo la plenitud. El tribunal resalta que se hace necesario observar el criterio objetivo de la prueba para que la pericia sea producida de forma amplia adentrando en las peculiaridades del caso, al fin de satisfacer la

³¹⁷ Es importante para un mejor entendimiento del trabajo, la traducción y la explicación textual de las sentencias brasileñas.

necesidad probatoria de las partes y no solamente el convencimiento del jugador acerca de la incapacidad del interditando.

Y sigue resaltando los efectos de la sentencia de interdicción en los procedimientos de interdição menciona que: los efectos de la sentencia de interdicción no son retroactivos para anular el negocio jurídico anterior a la sentencia. Y expone el pertinente comentario de Silvio RODRIGUES que citando a Silvio Venosa expone: *“decretada la interdicción por la molestia, los actos practicados por el interdicto son nulos, en los términos del art. 145, I, del Código Civil; practicado el acto antes de decretada la interdicción, es ciertamente anulable si el interesado prueba que la enfermedad ya existía en la época del negocio.”*

In casum la realización de la audiencia tal como está previsto en el artículo 435 del C.P.C, para mí, revelase necesaria, pues fuera demostrada la existencia de omisiones que podrían ser subsanadas a partir de la escucha de los peritos. Deben aún ser consideradas las condiciones personales del interditando, persona enferma, anciano que no debe pasar de nuevo por el inconveniente y desgastante procedimiento pericial que, ciertamente, renuevan en los recuerdos de eventos y situaciones desagradables de su vida familiar.

De esta manera, el Tribunal estima que: *“La realización de nuevo examen pericial para complementar al producido en los autos, puede no ser posible (...) haciéndose necesario, por lo tanto, retirar el examen pericial ya realizado todas las circunstancias indicativas del momento en que la incapacidad se manifestó. Además los cuestionamientos suplementarios pueden ser importantes para el juzgamiento de la causa en el Tribunal, siendo que el denegar de la realización de la audiencia de instrucción y juzgamiento en este momento podría perjudicar la defensa de una de las partes en sede de recurso (...)*³¹⁸.

Compartimos la decisión del tribunal la audiencia de instrucción en que el juez ira avaluar el presunto incapaz es imprescindible. Cómo se puede jugar sin ponderar todos los factores en que el incapaz esté envuelto. No obstante en Brasil hay juzgados que mediante el laudo pericial prescinden de la audiencia de instrucción y juicio. Para mí, efectivamente es una burla, que a mí juicio debe ser evitada. La instrucción en el

³¹⁸ Tribunal de Justicia del Distrito Federal. 2ª Turma Civil, agravo de instrumento núm. 2007.00.2.001595-4, en fecha de 22 de agosto de 2007.

proceso de incapacitación es de suma importancia y no puede ser prescindida bajo la pena de ser todo el procedimiento anulado.

Sobre esto conviene citar la opinión de Misael MONTENEGRO FILHO que afirma que: *“Acto seguido a la presentación de la defensa es providenciado el nombramiento del perito para proceder al examen del interdictando, con la fijación del plazo para la conclusión de la diligencia, debiendo ser dada la oportunidad para las partes, el derecho de indicar asistentes para el acompañamiento de los trabajos de pericia aunque el código guarde silencio sobre el tema. La juntada del laudo al proceso es seguida de la apertura de vistas a los interesados, para la manifestación en el plazo común de 10 días (por aplicación del parágrafo único del artículo 433 del Código Procesal Civil, en respeto a los principios del contradictorio, de la amplia defensa, de la bilateralidad de la audiencia), pudiendo generar concordancia con sus termos o solicitud de esclarecimientos³¹⁹”*.

Las pruebas para valorar y probar la incapacitación y sus grados básicamente son: el examen del presunto incapaz, el laudo pericial y la escucha de las personas o parientes más cercanos. Después de la presentación del laudo pericial se designa la audiencia de instrucción y juzgamiento.

En lo que se refiere a la fase probatoria, la legislación brasileña reglamenta con amplio detalle en el artículo 440³²⁰ y siguientes del Código Procesal Civil los elementos mediante los cuales el juez de oficio o a requerimiento de las partes en cualquier fase del proceso se puede ejercer probar o demostrar la falsedad de la demanda.

El Artículo 441 establece que al realizar la inspección directa, el juez podrá ser asistido de uno ó más peritos; de igual manera el artículo 442 instituye que el juez asistirá al local o residencia donde se encuentre la persona o cosa, cuando: I - juzgar necesario para a mejor verificación o interpretación de los fatos que deba observar; II - La cosa no pueda ser presentada en juicio, sin considerables dispendios o graves dificultades; III - determinar la reconstitución de los hechos. En su parágrafo único

³¹⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael (2006): *Curso de Direito Processual Civil*, Sao Paulo, Ed. Atlas, pág. 543.

³²⁰ Art. 440. El juez, de oficio o al requerimiento de la parte, pode, en cualquier fase del proceso, inspeccionar personas o cosas, a fin de esclarecer sobre fato, que interesse a la decisión de la causa.

añade que las partes tienen siempre derecho a asistir a la inspección judicial, prestando esclarecimientos y haciendo observaciones que estimen de interés para la causa.

Con referencia a este artículo afirma el Dr. José Carlos BARBOSA MOREIRA que, *“La inspección puede efectuarse en la sede del juicio o el local donde esté la persona o cosa. El artículo 442 determina tres hipótesis en que el juez debe comparecer a ese local. Sin embargo, no se debe considerar taxativa tal enumeración; por ejemplo cuando el inciso II apenas se refiera a cosa, perfectamente se concede que la persona a ser inspeccionada tenga grave dificultad de comparecer al juicio, por enfermedad u otro motivo relevante. Por lo tanto, donde quiera que se realice la inspección, las partes, en principio, por sí o por sus abogados, tiene derecho de asistir a ella, prestando esclarecimiento y haciendo observaciones que les parezcan relevantes. Este derecho también compete al asistente, si hubiera, así como al órgano del Ministerio Fiscal competente. Concluida la diligencia, el juez mandará redactar el auto circunstanciado, en el cual se mencionará todo cuanto, conforme a su inspección, fuera útil al juzgamiento de la causa. El auto podrá ser ilustrado con dibujos o gráficos; será suscrito por el juez y por otras personas que hayan intervenido en la diligencia y será anexado naturalmente al proceso”*³²¹.

En el marco de las observaciones anteriores está claro la obligación funcional del juez comparecer al local para examinar el presunto incapaz, si este no puede moverse. Conforme apuntamos en líneas preliminares, a nuestro juicio, de todas las pruebas disponibles la pericial es la más importante puesto que es la que efectivamente instruye el juzgador en la parte en que este no tiene conocimiento, no es menos cierto que el juez tenga de investigar el incapaz.

Para ilustrar ésto, vamos mencionar una sentencia del Tribunal de Minas Gerais, Belo Horizonte, en un recurso - agravio de instrumento - en fecha de 15 de enero de 2008 promovido por la presunta incapaz, agravante y madre del agravado, en razón de que ésta se rehúsa a someterse al examen pericial médico. El caso que nos reporta se trata: el hijo insta la curatela de la madre, alega que presenta serios desvíos de comportamiento mental desde los 13 años debido a un accidente automovilístico que tuvo por consecuencia un golpe en la cabeza que le he ocasionado un coagulo en el

³²¹ MOREIRA BARBOSA, José Carlos. (2000) *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, pág.75.

cerebro; por este motivo fue objeto de una cirugía en la cabeza para retirada de un coágulo. Consecuentemente alega el hijo que desde el accidente la dinámica de salud de su madre empeora a cada día.

Fueran evacuadas las pruebas como exhibición de documentos y declaración de testigos, pero con relación al examen pericial por un médico se negaba la presunta incapaz terminantemente a ser sometida. La decisión de primera instancia determina que el examen tiene que ser realizado para elucidar todo tipo de dudas. La madre interpone apelación para no efectuar el examen médico. En el recurso la agravante requiere la suspensión de inmediato de la decisión agravada y exalta que, con base en las pruebas documentales y de testigos, se quede debidamente probada su sanidad mental y la necesidad de la curatela. Expone algunas decisiones del Tribunal de Minas Gerais - 7ª Cámara, que sustentan la teoría de la no necesidad de la pericia médica cuando la capacidad es notoria. Es decir repudia la prueba pericial para evaluar la salud mental del presunto incapaz, cuando la capacidad es explícita. El caso nos permite revisar el posicionamiento de la doctrina al respecto. Obsérvese, a título de ilustración, en primer lugar la relación encontrada en la sentencia que sigue:

“Interdicción. Ausencia de comprobación de incapacidad. Indiferimento do pedido. Observancia del principio fundamental de la dignidad de la persona humana.

La discordancia acerca de la manera por la cual la interditanda administra su vida y su patrimonio no constituye motivo para dar origen a su interdicción, como medida restrictiva al ejercicio de autonomía personal; solamente puede ser consentida mediante la presencia de los requisitos legales, bajo pena de afectar el principio fundamental de la dignidad de la persona humana. (Número do processo: 1.0166.03.000199-3/001 (1). Relatora Desª. MARIA ELZA. Data do Juzgamiento: 30/09/2004. Data da Publicación: 26/10/2004. (...) La capacidad para autogobernarse se presume, tanto que a los efectos jurídicos la interdicción tiene efecto "ex nunc". Si no hay prueba de impedimento de la auto gobernabilidad del interditando este no pode ser interditado. Así, al no tener demostrada la anomalía psíquica de la interditanda y ser un derecho negativo inalienable de someterse al examen médico legal, bien como por ter sido a cuestión ventilada objeto de decisión en dos instancias inclusive en grado de recurso”.

No obstante, el Tribunal decide que ante de la naturaleza de los hechos narrados en la acción originaria, se demuestra la realidad de la pericia médica pretendida por el recurrente y consentida por el juez de primer grado. Porque la pericia tiene el propósito de resguardar los intereses de la propia recurrente, al tiempo de validar si realmente tiene las aptitudes y condiciones de ejercer los actos ordinarios de la vida civil. La no realización de la pericia podría potencialmente acarrearle serias afecciones o de difícil reparación o, en contrario, evitaría cualquier cuestionamiento futuro. Obsérvese que la pericia no ocasionará ninguno perjuicio a la agravante³²².

Concordamos con la posición del tribunal las doctrinas médicas vienen alertando sobre la importancia fundamental de un examen médico con criterio y minuciosidad del futuro incapaz, además de la necesidad de que éste sea examinado por varios expertos para determinar con certeza la enfermedad y el grado de afección sobre la personalidad del individuo para autogobernarse.

3.2.1.3. Decisoria. Efectos de la sentencia

Decretada la interdicción bien sea en la curatela a través de la sentencia, el juez nombrará el curador, conforme al artículo 1.773 del Código Civil que señala que: “La sentencia que declara la interdicción produce efectos desde luego, mientras sujeta a recurso”.

El Código Procesal Civil brasileño establece en el art. 1.183 que decretada la interdicción el juez en la misma sentencia nombrará curador al interdictado.

También en el Art. 1.184 del mismo dispositivo legal establece: *La sentencia de interdicción produce efecto desde luego, aunque esté sujeta a apelación. Será inscrita en el Registro de Personas Naturales y publicada por la prensa local y por el órgano oficial por tres veces, con intervalo de 10 (diez) días, haciendo constar en el edicto los nombres del interdicto y del curador, la causa de la interdicción y los límites de la curatela.*

³²² Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo núm.1.0525.07.1091100 -9/ 001. Relator: Belizário de Lacerda, 7ª turma Cível, 15 de enero de 2008.

La naturaleza jurídica de la sentencia de interdicción es un tanto polémica. Para algunos autores la sentencia de interdicción es meramente declaratoria, defienden este posicionamiento Carlos Roberto GONÇALVES y Paulo NADER. Pero la gran mayoría de la doctrina entiende que la sentencia de interdicción tiene naturaleza constitutiva. Abogamos que como crea un nuevo status civil tiene carácter constitutivo.

La sentencia de interdicción en el ordenamiento jurídico brasileño presenta los mismos efectos que en el derecho español, son los ellos: ex nunc, erga omnes, carácter no definitivo.

- **Carácter no definitivo:**

La fase decisoria con la sentencia no pone término en un proceso de interdicción. La prolongación de la sentencia de interdicción no hace cosa juzgada. El asunto puede ser rediscutido desde el momento que emerjan nuevas circunstancias que posibiliten una nueva lectura del contexto bajo el cual se sentenció. O sea puede ser modificada la interdicción a través del procedimiento de levantamiento de la interdicción que será solicitada en el propio proceso de interdicción. Véase al respecto lo señalado en el Código Procesal Civil, art. 1.186 que alude al levantamiento de la interdicción cesando la causa que la determinó.

§ 1º El pedido de levantamiento podrá ser hecho por el interditado y será anexo a los autos de la interdicción. El juez nombrará perito para proceder al examen de sanidad del interditado y después de la presentación del laudo designará la audiencia de instrucción y juzgamiento.

§ 2º Admitido el pedido, el juez decretará el levantamiento de la interdicción y ordenará publicar la sentencia, después del tránsito en juzgado, por la prensa local y el órgano oficial por tres veces, con intervalo de 10 (diez) días, seguido de la inscripción en el Registro de Personas Naturales.

Igualmente, el artículo 471 del C.P.C. establece que ninguno juez decidirá nuevamente las cuestiones ya decididas, relativas a la misma situación, salvo que:

I - tratándose de una relación jurídica continuada, haya sobrevenido alguna modificación en el estado de hecho o de derecho; caso en el que podrá alguna de las partes solicitar la revisión de lo que ya fuera establecido en la sentencia;

Sobre el asunto expone PONTES DE MIRANDA: “*Si la interdicción fuera indebidamente decretada, puede el promovido usar el procedimiento de levantamiento de interdicción previsto en el artículo 1.186, sin necesitar propiamente de rescindir el jugador anterior*”³²³.

Para ilustrar este pensamiento conviene citar una decisión sobre un procedimiento de *levantamiento* (por su acepción en portugués) o revisión de la interdicción. Tratase de un recurso de apelación del Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul en 09-12-2010 interpuesto por el interditado JOÃO CONCEIÇÃO DA S. N. contra la sentencia que juzgó improcedente su pedido de levantamiento de interdicción. Sustenta el apelante que: la sentencia de interdicción tomó como base el laudo psiquiátrico que afirmaba justamente que no había elementos para levantar la interdicción. Ante tal afirmación, el juez en lugar de buscar datos para una pericia conclusiva, optó por juzgar improcedente el pedido. Afirma que de facto he ingresados dos veces en hospitales psiquiátricos específicamente entre los años de 1998 y 2002; todavía en los últimos años no hubo nuevas internaciones, aunque la curadora se limita a relatar un agravamiento sin anexar documento médico alguno que compruebe la afirmación de que el apelante “entra en estado de locura a cada seis meses” es hecha sin ninguno amparo probatorio.

Con todo, alega el interditado que el verdadero motivo para oponerse al levantamiento de la interdicción es que la curadora, sus hijos y nietos, dependen todos financieramente del beneficio recibido por el apelante como jubilado. Según él: *mientras permanece interditado, aquellos que de él dependen, por esto no precisan hacer ninguno esfuerzo para sustentarse*. El apelante presentó documentos que dan cuenta de su rehabilitación; menciona que es jubilado del Banco do Brasil, asevera que los documentos firmados por los profesionales que lo tratan comprueban que él no sufre afecciones recurrentes, que su salud mental es buena y mantiene la terapia adecuada. A su vez, el juzgado de primera instancia ni siquiera se prestó a oírlo en audiencia;

³²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco: *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, Vol. XVI, pág. 404.

tampoco a sus testigos. Cuestiona que prevalezca un laudo de un perito que apenas le vio unos minutos sobre los informes médicos que lo acompañan desde hace años.

El Ministerio Público se pronuncia sobre la procedencia del recurso y derogación de la sentencia. El Tribunal decide que la situación puesta en los autos es delicada e impone criterios, análisis, señalando las nefastas consecuencias de un decreto de interdicción que retira enteramente la capacidad civil de la persona. Para el tribunal la pericia que amparó el juicio de improcedencia del levantamiento se reportó en un informe médico pretérito, del año de 2005, y después no hubo complementación para que fuesen considerados los informes consecutivos y posteriores juntados por el autor. Además, menciona el Tribunal que no hubo interrogatorio del incapaz por el juzgado de primera instancia, de modo de permitir el juicio de una impresión personal sobre su sanidad y su discernimiento, tampoco fuera realizada audiencia de instrucción para atender testigos. Con relación a la decisión del juzgado de primera instancia, en Tribunal determina que si la sentencia entendió que no había datos suficientes para autorizar el pretendido levantamiento de la interdicción merecía uno profundamente de la instrucción, con la realización de las pruebas requeridas y complementación de la pericia. Así por fin, el Tribunal decide dar proveimiento de la apelación para dejar sin efecto la sentencia, determinando la reapertura de la instrucción para la realización de la prueba oral requerida (inclusive el interrogatorio del interdicto) y la complementación de la pericia, así como de otras pruebas que se demuestren necesarias³²⁴.

Concordamos con el Tribunal, efectivamente no comprendemos como un procedimiento de interdição pode prosperar, llegar a la fase final con la sentencia cuando no hay audiencia de instrucción e interrogatorio del presunto incapaz. Está claro que para el levantamiento de la interdição hay que basarse, el juez de primera instancia, en datos concretos a través de un procedimiento de interdição preciso que no sucinte dudas de ninguna especie.

³²⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível núm. 70039382775, 8ª Câmara Cível. En 09-12-2010.

- Efecto *Ex Nunc*

Otro efecto de la sentencia de interdicción es que produce efecto *ex nunc*, es decir, que los actos anteriores a la sentencia podrán ser anulados si fuera comprobada la enfermedad. La doctrina y jurisprudencia brasileña son unánimes en el sentido que habiendo un mínimo de incertidumbre sobre el estado de la salud mental de uno de los contratantes el negocio será deshecho, a fin de preservar la integridad de las partes.

Para el Prof. Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, “...la a *sentencia de interdicción es constitutiva ex tunc*”. Esta orientación doctrinal entiende que la causa de la nulidad de un negocio jurídico practicado por un presunto incapaz no es la sentencia de incapacitación, más aún si la enfermedad ya existe, muy anterior de la interferencia jurídica³²⁵.

A nuestro juicio es pacífico que la sentencia de incapacitación produce efecto *ex nunc*. Todavía entendemos que para el jurista es impotente valorar, no obstante, cuando he empezado los efectos de la enfermedad no puede aquilatar bajo la personalidad del enfermo.

José Carlos BARBOSA MOREIRA, explica el efecto *ex nunc* de la sentencia de interdicción en los siguientes términos: “*Tengo para mi afirmar que, al decretar la interdicción con fundamento en la alienación mental, debe el juez decir desde cuando se han de producir los efectos de la providencia, fijando o dies a quo no momento en que, à luz da prueba colida, hubo empezado la incapacidad decurrente de la anomalía psíquica. Los requirentes tienen la costumbre de solicitar, y los órganos judiciales a veces se consideran obligados a atender a semejante pedido, o hasta a incluir ex officio, en la sentencia, cláusula de contenido indicado. Semejante idea reposa en un equívoco: necesaria es la prueba, no la prepositura de la acción específicamente destinada a invalidación, consonante ocurriría se cuidase de la anulabilidad. La nulidad del acto del incapaz es declarable incidenter tantum, o por consiguiente argüible en defensa, sin que importe en nada sobrevenir al acto de la interdicción, o el mismo no haber sido jamás decretada. No se excluye, obviamente, la posibilidad de que*

³²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio (1998): *Sentença e coisa julgada*. 2a ed., Porto Alegre, Fabris, p. 118.

*algun legitimado solicite una acción para ver declarada la inexistencia de la relación jurídica que nacería del acto, basando el pedido en la nulidad de este y asumiendo con la carga de la prueba de la incapacidad*³²⁶.

Sobre esto conviene citar algunos argumentos de un recurso de apelación de 13 de Marzo de 2009. El caso es el siguiente: Demandante: Joao M. C de O. Demandado: Antonio Avelino de M. representado por Judite R. dos Santos. Tales apartes fueron emanados por el Tribunal del Distrito Federal que “...reconoce la nulidad del contrato de cesión de derechos pactado entre las partes litigantes, visto que es inviable validar los negocios jurídicos celebrados con terceros, ante la restricción legal al ejercicio de actos de la vida civil del apelado”.

Pero veamos detalles del asunto para mayor ilustración. Tratase de la venta de un coche que estaba alienado al Banco Santander por el apelado. Sustenta el apelante que en la época que firmó el contrato con el apelado este era una persona normal que no presentaba señales de desequilibrio mental. La sentencia de primer grado anula el negocio debido la enfermedad mental del apelado ya existente antes de celebración del contrato. El Ministerio Público opina por el no proveimiento del recurso. Sucede que en 18/06/2001 el apelado cedió gratuitamente al apelante mediante contrato de cesión la posesión de un coche que se encontraba alienado al banco Santander; fueron entonces cedidas todas las obligaciones para el apelante, que no las cumplió. El Tribunal resuelve que: el apelante no actuó de buena fe al celebrar un contrato con el apelado que ya estaba para la época de la celebración del contrato visiblemente enfermo. No obstante, es de la naturaleza del citado contrato que el cesionario aceptaba todos los derechos sobre el bien mueble, y también aceptaba todas las obligaciones, no sólo de la cancelación de deudas por concepto de pagos de prestaciones y tributos de ley, como también de regularización de su nombre junto a Institución financiera Sin embargo, la cesión de derechos hecha por el apelante está afectada de vicio insanable en su constitución, visto que las condiciones psíquicas/psiquiátricas del apelado demuestran su incapacidad para regir, aisladamente, sus actos de la vida civil”.

Finalmente decide el tribunal que “*En este mismo sentido ya decidió el Superior Tribunal de Justicia: Civil e Processual civil. Fundamentação. Prova.*

³²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos: *Novo Processo Civil Brasileiro*. op.cit.pp. 238-239.

Interdição. (...) Los actos practicados por el interditado anteriores a la interdicción pueden ser anulados, desde que una vez probada la existencia de anomalía psíquica - causa de incapacidad - ya en el momento en que se practicó el acto que se quiera anular. Recurso no conhecido”. (REsp 255.271/GO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, juzgado en 28/11/2000, DJ 05/03/2001 p. 171)³²⁷.

Comulgamos en parte de la decisión del Tribunal. Para nosotros se la anomalía es evidente o notoria para la deficiencia. El juzgador, con base en laudos médicos, que compraban la preexistencia de la enfermedad podrá tener una idea del cuando la enfermedad se manifestó, pero solamente tener una noción. De esta manera se queda difícil comprobar el cuándo empezó la falta de autogobierno.

Sobre el tema de nulidad de los actos practicados por los enfermos no incapacitados en Brasil, muy probablemente debido a razones de índole cultural la interdicción aun es considerada un acto que mancilla la imagen del enfermo, lo que torna la decisión por la interdicción aun más ardua. Sin embargo, la disposición para que esas personas sean víctimas de personas inescrupulosas motivadas por la falta de protección es muy grande. Por lo tanto, la atmósfera socio/cultural impregna el clima familiar de miedo a la exclusión social para con el enfermo, lo que hace aumente cada día en los tribunales los casos de pedido judicial de anulación de negocios jurídicos practicados por persona deficientes que no fueran interditadas en su momento, ya que los familiares asumen por ese clima socio/familiar a que hacemos mención que en lugar de protegerlas con su interdicción le están desfavoreciendo.

Por otra parte y ya para cerrar este apartado, se he señalar que también son **efectos erga omnes** de la sentencia de interdicción y por lo tanto su inscripción en el Registro civil y su publicación por tres veces en un periódico oficial. Secuenciando trataremos de la remoción y de la excusa delante de la legislación brasileña.

En el ordenamiento jurídico brasileño todas las disposiciones legales que se aplican a tutela se aplican a la curatela. El Código de Proceso Civil establecen las mismas disposiciones en lo que concierne al nombramiento, la remoción y la dispensa, de acuerdo con lo disciplinado del artículo 1.187 al 1.198.

³²⁷ Tribunal do Distrito Federal - 4ª turma del Civil, proceso núm. 20040310037886 APC de 13 de Marzo de 2009.

3.2.1.4. Excusa y remoción. Del cargo de Tutor o del Curador.

Con respecto a la excusa, la ley concede la obligatoriedad al ejercicio de los cargos tanto de tutor como de curador, ya que hay en estos oficios un *animus* público que no se permite que sean dispensados o se queden exentos los nombrados por una razón cualquier. Por lo tanto, el legislador relaciona los casos que pueden ser los tutores o curadores excusados o removidos, conforme analizaremos en líneas abajo.

En el artículo subsiguiente del mismo dispositivo legal se establece que *“La excusa será presentada en los 10 diez días siguientes a la designación bajo la pena de entenderse renunciado el derecho de alégala; si el motivo de la excusa ocurrir después de acepta la tutela, los 10 días serán contados a partir del aparecimiento del motivo”*. El artículo 1.192, establece el plazo para la presentación de la excusa: el tutor o el curador podrá eximirse del encargo, presentando excusa al juez en el plazo de 5 (cinco) días. El plazo ha de contarse:

I - Antes de aceptar el encargo: desde la intimación para prestar compromiso;

II - Después de entrar en ejercicio: del día en que sobreviene el motivo de la excusa.

Adicionalmente el párrafo único advierte que no siendo requerida la excusa en el plazo establecido en el artículo, se reconoce la renuncia al derecho de alegación.

Establece el Código Civil en su art. 1.736 que pueden excusarse de ejercer el cargo de tutor:

- I- Las mujeres casadas;
- II- Los mayores de 60 años;
- III- Aquellos que tengan bajo su autoridad más de tres hijos;
- IV- Los imposibilitados por enfermedades;
- V- Los que habitaren lejos del local donde se tenga que ejercer la tutela.
- VI- Aquellos que ya ejerzan tutela o curatela.
- VII- Militares en servicio.

Hecha las observaciones anteriores es interesante resaltar un contraste entre las legislaciones civil³²⁸ y procesal civil³²⁹ brasileñas con relación al plazo para la excusa del cargo de curador o de tutor. La primera menciona diez días, mientras que la segunda fija el lapso en cinco días; efectivamente la jurisprudencia tiene aplicado este último plazo establecido en la ley de proceso civil.

La remoción será instada en el juicio de la curatela o de la tutela, la sentencia que remover el tutor o el curador nombrará otro. La remoción es el acto de alejamiento forzoso y puede ser requerido tanto por el Ministerio Fiscal como por las personas debidamente legitimadas. En artículo 1.735 del Código Civil se establece los que serán removidos de la tutela o de la curatela, a saber:

- I- Los que no tuvieron la libre administración de sus bienes;
- II- Aquellos que, en el momento de serles consentida la tutela se encuentren constituidos en obligación para con el menor o tuvieron que hacer valer derechos;
- III- Los enemigos del menor, o de sus padres, o que hubieren sido por estos expresamente excluidos de la tutela;
- IV- Los condenados por crimen de robo, hurto, fraude, falsedad, contra la familia o las costumbres, tengan o no cumplido la pena;
- V- Las personas de mal procedimiento o fallas en probidad y las culpadas de abuso en tutorías anteriores;
- VI- Aquellos que ejercieren función pública no compatible con la buena administración de la tutela.

En este mismo sentido, el artículo 1.766 del Código Civil determina que: Será destituido el tutor cuando este sea negligente, prevaricador o se encuentre incurso en incapacitación. El pedido de remoción debe ser anexado en los autos del proceso de interdicción con los motivos que pueden suscitar la sustitución. Es una acción cautelar, y en cinco días después de hacerse la solicitud de pedido de remoción el curador o tutor deberá contestar. En el proceso de remoción deben ser oídos el interdictado, el curador, y demás personas envueltas en el proceso; también puede el Ministerio Fiscal o el juez

³²⁸ Art. 1.738. La excusa presentar en los diez días subsecuentes a la designación, bajo la pena de entender-se renunciado el derecho de alegar la excusa; se el motivo para la excusa ocurrir después de acepta la tutela, los diez días serán contados del día después.

³²⁹ Art. 1.192. El tutor o el curador podrá eximir-se del encargo, presentando excusa al juez en el plazo de 5 (cinco) días.

requerir el balance de cuentas bancarias, a objeto de realizar cuantas diligencias estime importante para la elucidación de la verdad.

El Código de Proceso Civil dispone en el artículo 1.194 que incumbe al órgano del Ministerio Fiscal o al que tenga legitimación activa requerir en los casos establecidos en el Código Civil.

Aunque salga un poco del tema tangencial a la investigación, lamentablemente la realidad de Brasil demuestra que hay poca fiscalización en caso de la llamada prestación de cuentas debido a la remoción del tutor o del curador y establecida en el artículo Art. 1.757 que establece:

Los tutores prestaran cuentas de dos en dos años, y también cuando, por cualquier motivo, dejaren el ejercicio de la tutela o toda vez que el juez hallar conveniente.

Parágrafo único. Las cuentas serán prestadas en juicio, y juzgadas después de la audiencia de los interesados, recogiendo el tutor inmediatamente al establecimiento bancario oficial los saldos, o adquiriendo bienes inmuebles, o títulos, obligaciones o letras, conforme el § 1º do art. 1.753.

Ello se refleja en el caso enjuiciado de la sentencia del Tribunal do Pará, de fecha de 30 de Marzo de 2009, en la que los hijos solicitan la remoción de la madrastra por malversación del dinero del padre. Los párrafos que siguen explican las circunstancias del caso y del litigio surgido.

Se trata del recurso de agravio de instrumento en el que los hijos piden la anticipación de la tutela jurisdiccional porque vislumbran que hay riesgo de *periculum in mora*. El padre de los agravantes es una persona mayor que padece de varias enfermedades; es portador de enfermedad crónica degenerativa, lo que resulta en imposibilidad de locomoción y presenta un cuadro de demencia de las facultades mentales. Ocurre que la curadora y cónyuge viene realizando préstamos bancarios en nombre del *curatelado* de elevadas sumas de dinero. Por otro lado, no le asiste debidamente, incluso dispensó su plan de salud. Los hijos alegan que la situación del *curatelado* es dramática, ya que cuenta con 76 años y necesita periódicamente de los servicios del plan de salud que mantenía desde hacía más de 50 años y que fuera cancelado por incumplimiento de pago. El *interditando* podría tener una vejez segura

con su sueldo que es de \$ 9.533,06 (nueve mil quinientos treinta y tres reales y seis centavos), que, sin embargo, efectivamente percibe tan sólo el valor de R\$ 2.447,28 (dos mil cuatrocientos cuarenta y siete reales y veintiocho centavos), ya que casi 70% de su jubilación se va en préstamos bancarios en nombre del *curatelado* hecho por la curadora.

El Tribunal resuelve que: *“Verificados los documentos, cuyos datos financieros del interditado demuestran diversos préstamos efectuados en su nombre. Asimismo que los documentos demuestran que el plan de salud del interditado fuera cancelado porque no fuera hecho el pago. El Tribunal encuentra verosimilitud y con lugar las alegaciones de los agravantes, de esta forma, se aprecia una posible mala administración de la renta del interditado, lo que autoriza la concesión del efecto suspensivo activo requerido. Queda firme la remoción de la curadora en carácter previo porque ha demostrado que no tiene la menor condición para permanecer hábilmente en el cargo”*³³⁰.

Compartimos la decisión del Tribunal. Está claro que delante de tamaña trasgresión la curadora tenía que ser removida previamente. Efectivamente en Brasil la fiscalización ejercida por el Ministerio Fiscal es deficitaria y el poder judicial solamente trata de averiguar cuando hay denuncias de malversación del dinero del curatelado o del tutelado.

De manera homóloga decide el Tribunal de Justicia del Rio Grande del Sul, el 30 de Marzo de 2009. Cuidase del agravo de instrumento interpuesto por Ritiel en contra de la decisión que en los autos de la acción cautelar de remoción de curador provisorio, propuesta por Tania C. R. P., acoge el pedido previo y la substitución del agravante del encargo de curador de Luiz M. R. P., que es su padre. En la decisión de primer grado el agravante fue removido del cargo de curador bajo la alegación de no cumplir con los deberes inmanentes, entre estos: abandono, malos tratos, mala administración de los bienes, falta de rendición de cuentas; amén de que el agravante vive en un sitio muy lejos del interditado, la hermana y agravada asevera que el hermano se lleva muy mal con el padre. También alega la falta de legitimación activa del hermano para agravar.

³³⁰ Tribunal de Justiça do Pará – Câmara Cível Isolada, agravo de instrumento, proceso núm. 2008.3.002657-9, en 30 de marzo de 2009.

El tribunal oyó al interditado que expresó que la decisión agravada está lastreada en la declaración prestada por el propio interditando delante el Ministerio Público, en el que apunta dificultades de relacionamiento con su hijo, de manera recurrente, confirmando su situación de abandono por el hijo, oportunidad en la que declara su deseo de que el curador provisorio sea destituido, nombrándose a la agravada, que es hija.

Así, la decisión recurrida está fundamentada y viene amparada en el deseo del propio interditando, cuya versión merece credibilidad por la inexistencia de pruebas que pudiese arrojar dudas sobre su lucidez o control pleno de las facultades mentales. El pedido de interdicción no está relacionado con la total alienación del interditando; antes bien, se soporta sobre algunos tópicos de comportamiento (Trastorno de Personalidad Dependiente, asociado a Trastorno Psicóticos por Inducción Alcohólica) que no llegan a comprometer su capacidad de discernimiento. De manera que “...*en razón de la materia evacuada sin que ocurriera mayor deslinde probatorio y por no haber impeditivo para la remoción y fijación de la curaduría provisorio, que deberá atenerse al fin y al cabo a la preservación de los intereses del interditando, se mantiene la decisión de primer grado*”³³¹.

Comulgamos con la decisión del Tribunal porque ante de la constatación de la denuncia de malos tratos, abandono, falta de rendición de cuentas está más que justificado el pedido de remoción.

Pasaremos a analizar la participación del Ministerio Fiscal en los procedimientos de intervención.

3.3. Las distintas formas de intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación e interdicción. España – Brasil.

Tanto en Brasil como en España el Ministerio Fiscal debe intervenir sea como fiscal de la ley, sea como parte. La participación del Ministerio Fiscal es obligatoria en

³³¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento núm. 70044485571, en 19-10-2011.

ambas las legislaciones. Es común especialmente en España que el Ministerio Fiscal asuma el posicionamiento de autor en los procesos de incapacitación, especialmente cuando hay familiares próximos que solicitan que asuma ésta posición como ya se ha dicho algunas páginas atrás. Las familias deciden recurrir al Ministerio Fiscal por razón de economía, para evitar el dispendio con las costas procesales y honorarios de abogados, también porque se encuentran confían en la intercesión de este órgano.

- En Brasil

Por su parte en Brasil el artículo 127 de la Constitución establece que: El Ministerio Público es la institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales disponibles. § 1º Son principios institucionales del Ministerio Público la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional.

De igual forma el art. 129 - IX de la Carta Magna brasileña expresamente atribuye como funciones institucionales del Ministerio Público: ejercer otras funciones que le fueren conferidas compatibles con su finalidad, siéndole vedada la representación judicial y la consultoría jurídica de entidades públicas.

Seguidamente en el artículo 1.769 del Código de proceso Civil dispone que el Ministerio Público solamente promoverá la interdicción:

I - En caso de enfermedad mental grave;

II - Si no existir o no promover la interdicción algunas de las personas designadas en el ítem I y II del artículo anterior;

III - Si existiendo fueren incapaces.

El subsecuente artículo 1.770 determina que *“En los casos en que la interdicción fuera promovida por el Ministerio Público el juez nombrará un defensor judicial al supuesto incapaz, en los demás casos el Ministerio público ejercerá la defensa”*.

En reiteradas veces nos referimos en este trabajo sobre las actuaciones del Ministerio Público en Brasil como el guardián de los derechos fundamentales y de la realización de los intereses sociales, a nuestro entender. Es considerado como fundamento institucional y administrativo para la función jurisdiccional del Estado. Estas funciones esenciales fueron establecidas con el advenimiento de la promulgación de la Constitución Federal Brasileña de 1988. No faltamos a la verdad si afirmamos que actualmente este órgano es sinónimo de seriedad y lucha por las desigualdades sociales en Brasil.

Conforme señalamos anteriormente el Ministerio público siempre actuará en los procesos que trate sobre el estado civil de las personas. En ellos ostenta la legitimación activa como parte, en los casos que no existan o no proceda la incapacitación de las personas legitimadas o si estas hicieren asumir la posición de defensor del presunto incapaz, además su falta de intervención en todos los actos procesales podrá dar origen a la nulidad del procedimiento.

Sobre esta función del Ministerio público merece la pena citar una sentencia del Tribunal de Justicia de Sao Paulo de 31-08-2011³³²: El Ministerio Público interpone el recurso de agravio de instrumento contra la decisión del juez de primer grado que deniega el nombramiento del curador especial para el presunto incapaz, por entender que si el Ministerio Fiscal no ha solicitado la interdicción este puede ser el defensor del interditando en el proceso de interdicción.

El Ministerio Público como agravante alega: “...*que la norma jurídica que determina que la representación se haga por el Ministerio Fiscal en los casos de interdicción no fuera adaptada a la constitución brasileira, o sea que la actuación del Ministerio Fiscal en la cualidad de representante de la parte no se adecuaba al perfil constitucional y quien tiene competencia para defender el presunto incapaz son los abogados privados o de la defensoría pública*”.

³³² Tribunal de Justicia de Sao Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado, Processo Núm. AI 438217420118260000 SP 0043821-74.2011.8.26.0000 de 31-08-2011.

El juez sustenta que: el agravante - Ministerio Fiscal afirma que el artículo 1.182 de CPC parágrafo 1º³³³ no fuera acogido por la Constitución Federal y por esto no es atribución la representación del interditando por el Ministerio Fiscal. No obstante, el artículo 1.770 del Código Civil (que es posterior a la Constitución) determina que “...*en los casos en que la interdicción fuera promovida por el Ministerio Público, el juez nombrará defensor al supuesto incapaz; en los demás casos el Ministerio Público será el defensor*”. Este artículo no fue declarado inconstitucional y por tanto debe ser cumplido. En los actos jurídicos, en los procesos de interdicción, los intereses patrimoniales pueden estar excusos en el pedido formulado por los parientes del presunto incapaz, por esto determina la ley que en estas hipotéticas situaciones deberán los intereses ser defendidos por el Ministerio Fiscal cuando el supuesto incapaz no constituye abogado sin que haga necesidad de indicación de un curador especial para velar por los derechos de los supuestos incapaces. En suma la participación del Ministerio Fiscal torna innecesario el nombramiento de un curador especial. Como sería la conclusión lógica de la argumentación seguida, el Tribunal niega el proveimiento al recurso.

Nuestra opinión particular es que la decisión del Tribunal de Sao Paulo no podría ser otra. Aunque la Constitución Federal no exprese de manera clara y contundente la función del Ministerio Fiscal en los procesos de interdicción, el Código Procesal Civil y el Código Civil expresan la imprescindible y necesaria participación del Ministerio Público en estos procesos especiales; además, la jurisprudencia brasileña es unánime en la funcional institucional del Ministerio Público en la realización de los derechos indisponibles de los incapaces. El artículo 82 del CPC determina la competencia del Ministerio Fiscal: “*Compete al Ministerio Público intervenir: I – en las causas en que hay intereses de incapaces; II – en las causas concernientes al estado de la persona, patrio poder, tutela, curatela, interdicción, casamiento, declaración de ausencia y disposición de última voluntad*”.

Dada la especial intervención que el legislador otorga al Ministerio Fiscal en estos procedimientos de interdicción, es necesario analizar de forma detallada su

³³³ Art. 1.182. Dentro del plazo de 5 (cinco) días contados de la audiencia del interrogatorio, podrá el interditando impugnar o pedido. § 1º Representará el interditando en los autos del procedimiento el órgano do Ministerio Público o, cuando fuera este el requirente, el curador à lide.

actividad como auténtico defensor de los derechos constitucionales del discapacitado en el marco del proceso, independientemente de la posición procesal que se vea obligado a adoptar, según sea o no el promotor de la demanda³³⁴.

- En España

En España, el Ministerio Fiscal se ampara en los artículos 124 -1º de la Constitución Española³³⁵, el artículo 541 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,³³⁶ asimismo por los artículos 1 y 3 – 6º y 7º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal³³⁷.

Sobre las funciones de este órgano establecido en el artículo 124 de la Constitución Española comenta el Dr. Alberto Manuel López López que *“Leyendo el precepto, lo primero que salta a la vista es que estos cuatro principios rectores se encuentran ordenados en dos grupos separados (unidad-dependencia, de un lado, y legalidad-imparcialidad, de otro) que poco o nada tienen que ver entre sí y que sobreviven en un difícil equilibrio, por el permanente condicionamiento que sufren los principios orgánicos - unidad de actuación y dependencia jerárquica -, de parte de los principios funcionales, legalidad e imparcialidad, a los que en todo caso habrán de ajustarse los Fiscales en el ejercicio de sus funciones. (...) Dentro de cada par de principios, sus componentes tampoco se encuentran en un plan de absoluta igualdad, sino que uno de ellos es meramente instrumental del otro, que se considera más relevante. La dependencia jerárquica nunca podrá representar un fin en sí misma, sino sólo el medio utilizado para asegurar la unidad de actuación de todos los fiscales que busca junto con la doctrina emanada de los más altos Tribunales del Estado, que la*

³³⁴ GANZENMÜLLER ROIG, Carlos y ESCUDERO MORATALLA, José Francisco. (año) op. cit. pág. 173.

³³⁵ Artículo 124. 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

³³⁶ Artículo 541. 1. Sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

³³⁷ Artículo 1. El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. **Artículo 3.** Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 6º Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. 7º Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

interpretación y aplicación de la ley sea uniforme en todo el territorio nacional, presupuesto imprescindible del principio de igualdad de todos los españoles ante la ley. En el segundo grupo, formado por la legalidad y la imparcialidad, resulta más difícil decidir cual es el principio prevalente y cual es subordinado, pues tanto puede pensarse que el Fiscal se ajustará estrictamente a la legalidad vigente, con independencia de sus intereses procesales de parte, gracias a su imparcialidad, en cuyo caso ésta última sólo será el medio de llegar al escrupuloso cumplimiento de la Ley, como que, a la inversa, es de la rígida observancia de la legalidad de donde dimana y se hace posible la imparcialidad de los fiscales”³³⁸.

Para nosotros, el autor explica de forma elocuente sobre el funcionamiento del Ministerio Fiscal en España, concordamos con el autor cuando expone que la dependencia jerárquica nunca podrá representar un fin en sí misma, sino sólo el medio utilizado para asegurar la unidad de actuación de todos los fiscales que buscan con la doctrina procedida de los más altos Tribunales del Estado que la interpretación y aplicación de la ley sea uniforme en toda España. Creemos, aunque España sea un país de pequeña dimensión para algunos asuntos el permutación entre las legislación entre las regiones autonómicas, torna la aplicación del derecho más difícil y según los enseñamientos del referido autor el objetivo del Ministerio Fiscal es homogeneizar y proporcionar la igualdad en la aplicación de la ley.

De igual manera establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 749 que en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. También lo hace con el mismo espíritu la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006, con entrada en vigor en España en el día 3 de diciembre de 2008.

³³⁸ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel (2000): *El Ministerio Fiscal Español – Principios Orgánicos y Funcionales*, Madrid, Ed. COLEX, pág. 104.

3.4. Posibilidad de reintegración de la capacidad. España – Brasil.

Conforme señalamos anteriormente la sentencia de incapacitación no produce cosa juzgada. En cualquier momento, desapareciendo los motivos que dieran origen o habiendo un cambio sustancial en la incapacitación, puede ser instada la reintegración de la capacidad o la modificación de la graduación, conforme expone el artículo 761 de la LEC. *“Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación. 1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida. 2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado. Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo. 3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda. La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta”.*

El artículo 1.776 del Código Civil brasileño expone que: habiendo medios de recuperar el interdicto, el curador deberá promover el tratamiento en establecimiento apropiado.

El Código de Proceso Civil establece en el Art. 1.186: Levantar-se-á la interdicción, cesando la causa que la determinó.

§ 1º - El pedido de levantamiento podrá ser hecho por el interdictado y será juntado a los autos da interdicción. El juez nombrará perito para proceder al examen de sanidad del interdictado tras la presentación del laudo designará audiencia de instrucción y juzgado.

Conforme lo anterior, la incapacitación jamás podrá configurar una situación decisiva, conforme cambie la situación de dependencia y los síntomas de la enfermedad

bajo la personalidad del incapaz la decisión judicial pueden cambiar la medida de protección y la debida graduación, y por lo tanto se adecuar a la nueva realidad del incapaz.

Es innegable que el organismo humano es mutante de esta manera las decisiones sobre la incapacitación no pueden aniquilar un ser o como antes se consideraba a la incapacitación la *muerte civil*. Actualmente la medicina ha desarrollado nuevos métodos terapéuticos, tratamientos que visan estabilizar y mejorar la calidad de vida del enfermo y les permitir que tengan una vida relativamente normal, por esto el status civil del enfermo debe si ajustar a su concreta realidad.

Para ejemplificar tales consideraciones merece destacar la sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Salamanca de 13 de enero de 2012 sobre reintegración de la capacidad. El fiscal solicita la reintegración de la capacidad de una persona, al pedido del propio incapaz. La persona fue declarada absolutamente incapaz por padecer de esquizofrenia paranoide, siendo nombrada su tutora la Fundación Tutelar FECLLEN. Menciona el Ministerio fiscal que hubo nuevas circunstancias en el cuadro de salud de la incapaz y que puede dar lugar a la rehabilitación de su capacidad de obrar. El informe médico expresa que:

“En la actualidad sigue tratamiento ambulatorio con su psiquiatra permaneciendo estabilizada, con buena adherencia al tratamiento y sin brotes los últimos cuatro años, que la enferma Trabaja cuidando de ancianos y personas dependientes y que incluso ha realizado varios cursos de formación en áreas relacionadas con su actividad. Vive con su madre y un hermano y administra únicamente una parte de los medios económicos de que dispone. Acude colaboradora y accesible, está orientada que actualmente no se aprecia deterioro cognitivo significativo, que es informada que padece una enfermedad mental que en los últimos años ha evolucionado bien. Mantiene una adecuada adherencia al tratamiento y no ha precisado ingresos por desestabilización de su proceso. Sigue una vida ordenada, mantiene autonomía personal y es capaz de realizar actividades laborales sencillas. Tiene proyectos de futuro y conserva sus capacidades cognitivas sin deterioro significativo”.

Debido a tales hechos resuelve el juez modificar la incapacidad Por fin la sentencia o sea la extensión de la incapacidad total declarada por sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Salamanca en autos 997/2006, por la incapacidad que quedará limitada a la esfera patrimonial.³³⁹

Para nosotros lo más importante para modificar la incapacidad es que el incapaz pase a tener consciencia de la realidad y saber sus limitaciones, bien como poder mantener una relativa autonomía, independencia personal. Esta sentencia, bien define una situación de cambio de la realidad de la enferma y adecua la decisión del poder judicial a la nueva realidad de la incapaz limitando la incapacidad solamente a la esfera patrimonial.

En este mismo orden y dirección conviene citar una sentencia del Tribunal de Justicia de Sao Paulo el 24 de abril de 2012, en un recurso de apelación civil en que el padre es el apelante e la incapaz la apelada. Se trata de un recurso de apelación en que el apelante solicita la suspensión de la interdicción que he decretado la incapacidad absoluta de la hija o sea solicita el levantamiento de la interdicción de la hija incapaz, y que por este motivo percibe una pensión del padre y apelante.

Alega el apelante que la hija trabaja como enfermera lo que le garantiza un sueldo que le permite su mantener, advierte que actualmente la hija está muy bien de salud, totalmente rehabilitada y que actualmente lleva una vida normal, está en una unión de hecho de la cual tiene un hijo, siendo que tiene bajo su guarda los dos hijos menores de edad, además demanda actualmente y figura en un litigio de pedido de alimentos como representante de uno de los hijos menores. Menciona el apelante que la incapaz vive en el estado del Paraná y su curadora, que es la madre de la interdictada y ex mujer del apelante, vive en Sao Paulo y por lo tanto muy lejos, hecho esto confirmado por el juzgado que a través de diligencia hecha por la policía de Paraná ha confirmado que la apelada reside efectivamente en el Estado del Paraná. El apelante solicita la anulación de la sentencia que he confirmado la incapacidad basado en fallo del laudo pericial porque esto allá de no ser conclusivo y esclarecer fuera omiso con relación a preguntas formuladas por el apelante.

³³⁹ Juzgado de Primera Instancia número 008 - Salamanca. Proceso número 1002/ 2011. Sentencia núm. 35/12 de 13 enero/2012.

También según la declaración de testigos en la audiencia de instrucción y juzgado estos afirmaron que por diversas veces oirán la hija del apelante afirmar con seguridad que simula una enfermedad mental ficticia para continuar percibiendo la pensión del padre por causa de su incapacitación. El Tribunal resuelve con base en las evidencias y en las fallas del dictamen médico pericial anular la sentencia que declara la apelada absolutamente incapaz³⁴⁰.

En Brasil el proceso de levantamiento puede ser solicitado por el propio incapaz o por cualquier persona que esté legitimada para la proposición del proceso de incapacitación. Todavía el proceso de interdicción será “*apensado al autos*” es decir hará parte del pedido de levantamiento.

En este mismo orden y dirección hay que mencionar la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental ya mencionada antes que, en su artículo 7º, establece la necesidad de que la persona sujeta a la incapacitación sea constantemente evaluada para procurar la adecuación de su deficiencia a la medida jurídica: “*Si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores*”.

Por ello abogamos que la sentencia en los procedimientos de incapacitación produce solamente la cosa juzgada formal debido a la adaptación a los cambios de la enfermedad lo que permite ser discutible y perfectamente revisable. De esta forma ante una lesión de un derecho fundamental actual, puede la decisión judicial adaptarse perfectamente a nuevas situaciones. Las mismas personas que están legitimadas a instar la demanda, son las mismas que pueden solicitar la reintegración de la capacidad, incluso el propio incapaz. Por lo tanto, con mucho acierto la Dra. Marta CHIMENO CANO, expone que: “*Sin embargo, si cualquiera de estos legitimados aprovechándose de la vulneración de una persona y su carácter influenciable no promovieren la*

³⁴⁰ Tribunal de Justicia de Sao Paulo – apelación civil núm. 0123875-85-2006 – el 24 de abril de 2012.

demanda de rehabilitación podrían incurrir en un delito contra la integridad moral tipificado en el artículo 173 CP. En este procedimiento el incapacitado es la única parte en sentido pleno. Sólo el incapacitado tiene el derecho a una tutela judicial efectiva en el sentido de que le rehabilite su capacidad, o al menos se le dé más amplitud a su capacidad de obrar. Si lo que se pretende es reducir aún más su capacidad, tiene derecho a mantener al menos el régimen otorgado. No así en lo demás, que no tienen ninguna titularidad de la relación o interés jurídico material para que se estime su demanda, ostentando solamente un conjunto de posibilidades y cargas procesales que configuran su condición”³⁴¹.

Disiento de la Dra. CHIMENO CANO, cuando menciona que si lo que se pretende es reducir aún más su capacidad, el incapacitado tiene derecho a mantener al menos el régimen otorgado. Pensamos que si el objetivo es la protección al incapaz y se el amparo no es suficiente para mantener el enfermo incólume de cualquier responsabilidad es obligación de los legitimados y del propio poder judicial adecuar a la figura de protección a la debilidad del incapaz.

Merece la pena mencionar una sentencia brasileña de Tribunal de Justicia de Sao Paulo en el 10 de Mayo de 2012 sobre una solicitud de un “*levantamiento de interdicción*” requerido por la propia incapaz. Se trata de un recurso de “*Agravo de instrumento*” para la solicitud de levantamiento de interdicción en que es narrado por la incapaz serias divergencias entre curador y curatelada, el Tribunal opina por la necesidad del nombramiento de un curador especial, conforme el artículo do art. 9º, I do CPC y por un parecer del Ministerio Público opinando por la realización de examen pericial. Y por la necesidad de avaluar la capacidad de la recurrente, conforme art. 1.186 del CPC.

El hecho que nos remite es que la interditada solicita el levantamiento de su interdicción en los autos del procedimiento de agravo de instrumento. Recurre la decisión proferida no incidente de levantamiento de la interdição que le concedió el plazo de 10 días para la regularización de su representación procesal. No conformada la incapaz afirma que la asistencia del curador, es inviable porque él se manifestó contrario al pedido de la desistencia de la acción de interdicción formulado por el autor, o que evidencia o conflicto entre o curador y la curatelada. Menciona que el representante

³⁴¹ CHIMENO CANO, Marta. op. cit., p. 119.

do Ministerio Público se manifestó favorable al pedido, con el nombramiento de curador especial para la realización de nueva pericia. El Tribunal aduce que por no poder contar con la asistencia del curador la única solución para la incapaz es constituir abogado para iniciar el procedimiento de levantamiento de interdicción, bajo la pena de permanecer indefinidamente en estado de interdicción. Porque conforme se desprende en los autos, el tío de la agravante y autor de acción de interdicción, requirió la desistencia de la acción convencido del diagnóstico depresivo moderado y no el diagnóstico de demencia de su sobrina. Acontece que el curador provisorio, discordó del pedido, lo que dio origen a la procedencia de interdicción.

El Tribunal decide por el proveimiento del recurso de “*agravo de instrumento*” y determinar el nombramiento de un curador especial para la agravante, determinando también la realización de pericia médica para evaluar la capacidad de la apelante para regir sus actos en la vida civil, conforme el parecer del representante del Ministerio Público³⁴².

Para nosotros este es un típico caso de remoción de la curatela si existe una incompatibilidad entre curador y curatela la ley prevé la posibilidad de pedido de remoción, conforme vamos exponer en líneas abajo y de conformidad con el artículo 1.735 del Código Civil ítem III: Los incapaces de ejercer la tutela: III – Los enemigos del menor, o de sus padres o que tuvieron sido por estos excluidos de la tutela. (Art. 1.774 del Código Civil brasileño: Se aplican a la curatela las disposiciones concernientes a la tutela). Para nosotros la decisión del Tribunal fuera la correcta, lo que se puede desprender es que hay una vasta jurisprudencia brasileña sobre los pedidos de levantamiento o de cesación de interdicción y en grande partes de las decisiones hay una tendencia a la revisión de la interdicción.

3.5. Internamiento por trastorno psíquico. España – Brasil.

Empezaremos citando la Declaración de los Derechos del retrasado mental, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1971, que trata del tema. “*De ser posible, el retrasado mental debe residir con su familia o en*

³⁴² Tribunal de Justicia de Sao Paulo - 4ª Cámara Civil, Agravo de Instrumento Núm. 0310179 -37.2011. 8.26.0000 el 10 de Mayo de 2012.

un hogar que reemplace al propio, y participar en las distintas formas de la vida de la comunidad. El hogar en que viva debe recibir asistencia. En caso de que sea necesario internarlo en un establecimiento especializado, el ambiente y las condiciones de vida dentro de tal institución deberán asemejarse en la mayor medida posible a los de la vida normal”.

Los internamientos están muy bien reglamentados por el ordenamiento jurídico español. Pueden ser voluntarios o involuntarios. Estos últimos ordinarios o extraordinarios o de urgencia; pero, en estos casos, todo ingreso en un centro de salud no consentido por el enfermo obliga la comunicación y autorización del poder judicial, que puede ser antes o 24 horas posterior al internamiento, conforme establece la Ley Española de Enjuiciamiento Civil en art. 763:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley. 2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. 3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las

actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación. 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. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

Sobre la naturaleza jurídica del internamiento la doctrina se encuentra dividida. Unos la defienden como medida cautelar, otros no.

Así la Dra. Marta CHIMENO CANO³⁴³ afirma que “*no es medida necesaria del procedimiento de incapacitación, ni medida cautelar*”. No obstante, José María RIVES SEVA aboga porque sea considerada y tratada de manera homóloga a una medida cautelar³⁴⁴. La gran mayoría de la doctrina opina que se trata de una medida cautelar.

En nuestro criterio, no se trata de un procedimiento cautelar, pues no procura resguardar un derecho; tampoco está conectado al proceso de incapacitación. A nuestro entender es un procedimiento independiente con sus propias características procesales de jurisdicción voluntaria y conforme hemos dicho en líneas arriba puede llevar o no a la incapacitación.

Con relación al tema el Dr. Rafael CABRERA MERCATO expone que “*se echa de menos un procedimiento claro, preciso y determinado para lograr el internamiento - en todas sus clases - de un determinado sujeto*”³⁴⁵.

³⁴³ CHIMENO CANO, Marta. op. cit., p. 211

³⁴⁴ RIVES SEVA, José María, op. cit., p.78.

³⁴⁵ CABRERA MERCADO, Rafael, op. cit., p.217.

Hechas las observaciones anteriores, precisemos que los procedimientos de internamiento se tramitan a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria y no llevan necesariamente a la incapacitación. De esta manera, requiere el examen minucioso de las causas y puede dar oportunidad a un procedimiento de incapacitación si la enfermedad es persistente o duradera. Para tal procedimiento cabe recurso de reposición para el acto por la diligencia de ordenación y para el auto de internamiento el recurso de apelación. A nuestro juicio, se observa claramente que es un procedimiento autónomo que no remite necesariamente al proceso de incapacitación, por lo tanto no se presenta como medida cautelar.

Aunque muchos son los autores que defienden sea una medida radical de privación de libertad, para nosotros, el legislador ha buscado una medida protectora y momentánea cuyo objetivo, más allá del control judicial, en la gran mayoría de los casos se destina a reglamentar una emergencia psiquiátrica que debido al comportamiento algunas veces agresivo y violento del enfermo pueda poner en riesgo su vida o amenazar la orden social.

Para la Dra. María José SANTOS MORÓN en realidad del citado párrafo primero del art. 763 LEC se deduce implícitamente que dicho precepto sólo es aplicable a personas *que carecen de capacidad para dar su consentimiento al internamiento*. Este es también el criterio adoptado en otros ordenamientos. El examen del Derecho comparado pone de manifiesto que el régimen previsto para el internamiento involuntario o forzoso es aplicable exclusivamente a personas que carecen de capacidad para decidir³⁴⁶.

También en este sentido es conveniente transcribir un extracto de un artículo de autoría de la Dra. Teresa FREIXES, que compartimos íntegramente y que expresa su pensamiento sobre la legislación y jurisprudencia europeas que alude a la materia de los incapaces psíquicos. “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH, recuerda, por otra parte, que el art. 5 del Consejo Europeo de Derechos Humanos - CEDH, exige que el internamiento ha de efectuarse conforme a derecho. Para que ello se cumpla, el tribunal europeo exige que el internamiento de enajenados deba ser producto de un procedimiento tanto legal como regular, realizado conforme las leyes vigentes previstas*

³⁴⁶ SANTOS MORÓN, María José: *El Supuesto de Hecho del Internamiento Involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pág. 48.

en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Además, el internamiento ha de ser dictado y ejecutado por la autoridad idónea, a la luz de las sentencias del TEDH y aplicando los criterios ya establecidos en el control jurisdiccional de toda privación de libertad. Para el TEDH la autoridad que decreta el internamiento debe ser un órgano de naturaleza jurisdiccional, independiente del ejecutivo y de las partes y con la facultades para decretar la libertad si el internamiento no se ajusta a derecho”³⁴⁷.

Comulgamos con el pensamiento de la Dra. FREIXES con relación al carácter de la medida y sus consecuencias que afectan la personalidad de aquello que por ella está condicionado como la restricción de la libertad menciona. Tal decisión debe ser precedida de todo respaldo legal y judicial. La reglamentación del internamiento involuntario en España, para nosotros, podría servir de *lexis ferenda* al ordenamiento jurídico brasileño.

Brasil reglamenta el internamiento a través de la ley 10.216/2001, entendemos que de manera insuficiente, puede ser en razón de su extensa geografía o del elevado número de habitantes en Brasil, aun hay personas enfermas mentales que pasaran posiblemente toda la vida internados en manicomios y seguramente nunca serán objeto de un procedimiento de incapacitación.

Con relación al ordenamiento jurídico brasileño, conforme hablamos anteriormente, el internamiento es disciplinado por la ley 10.216/2001, que dispone sobre la protección y los derechos de las personas portadoras de trastorno mental. Pero tal tema aun es tímidamente abordado por la legislación brasileña. Tal dispositivo legal expresa en el artículo 4º: que el internamiento, en cualquiera de sus modalidades solamente será indicado cuando los recursos extra- hospitalario se mostraren insuficientes.

El artículo 8º establece el plazo de 72h para la comunicación que debe ser hecho por el hospital del internamiento al Ministerio Fiscal. El artículo 2º menciona con relación a los derechos de la persona suministrada al internamiento que la persona tiene derecho a ser informada sobre la necesidad de la medida. Pero la apertura del procedimiento judicial, la ley determina solamente la comunicación al Ministerio Fiscal, como institución de fiscalización legal.

³⁴⁷ FREIXES T., (2003) Agosto..., *Revista Minusválidos Psíquicos y Derechos del Hombre*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, pág. 233.

En el artículo 9º la ley establece que el internamiento compulsorio será determinado, de acuerdo con la legislación vigente, por el juez competente, que llevará en cuenta las condiciones de seguridad del establecimiento, en cuanto a la salvaguarda del paciente, de los demás internados y funcionarios.

Conforme bien señala una sentencia de Criciuna – Santa Catarina del 19/07/2010, fue solicitada mediante un recurso de apelación la permanencia del enfermo en el hospital psiquiátrico. La apelante es la madre y el apelado es un hermano. Mediante el juzgado de primera instancia fuera instado el internamiento del enfermo en un hospital psiquiátrico y la curatela. Acontece que durante el trámite procesal la salud del enfermo se agravó, siendo que fuera solicitado su internamiento compulsorio. Alega la apelante que el magistrado en cuestión no se manifestó sobre el internamiento. Menciona que una vez fuera del hospital psiquiátrico, ha solicitado que la apelante va a recoger el apelado una vez que ya le fuera dado alta médica.

La pericia médica opina que el tratamiento ha sido hecho en ambulatorio y resalta que el tratamiento puede ser hecho en un centro de salud porque el enfermo necesita tan sólo de acompañamiento para control de la enfermedad. El Tribunal decide que: Aunque el entendimiento del médico perito sea en el sentido de no mantener el interdictando internado con el intuito de le proporcionar un mejor tratamiento, no se debe ignorar las evidentes dificultades soportadas por la familia en la convivencia con la enfermedad presentada por el interdictando, y hacer un balance entre el bienestar de ambos.

No compartimos la decisión del Tribunal, porque si hay una pericia médica que asevera que el enfermo puede ser tratado en ambulatorio ¿por qué razón continuar hospitalizado? Además, el art. 8º párrafo 2º de la ley 10.216/2001 dispone que el término del internamiento involuntario se dará por solicitud escrita de la familia o responsable legal o cuando así lo determina el especialista responsable por el internamiento. Lamentablemente en este caso, a nuestro entendimiento, el tribunal ha sido parcial y no ha respetado la decisión del médico responsable por el tratamiento.

Conforme hemos señalado anteriormente el internamiento por trastorno mental en Brasil está reglamentado por una parca legislación. En España la situación jurídica aparece más clara, conforme bien señala la primera sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre un recurso de Amparo el 02 de Julio de 2012 que trata

sobre la vulneración del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Tribunal Constitucional (TC) ha otorgado el amparo, por vulneración del derecho a la libertad personal, a un hombre al que le fue aplicada una medida de internamiento involuntaria urgente en un centro hospitalario de Granada por trastorno psiquiátrico. Conforme afirmamos esta sentencia es un importante marco porque se trata del primer recurso de amparo en el que se enjuicia, desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal, un caso de internamiento psiquiátrico urgente en España.

El enfermo es portador de un trastorno bipolar y fuera internado con urgencia en el 2 de mayo de 2007 aunque el hospital en el día siguiente comunicó al juzgado de Granada la entrada del enfermo. Solamente 9 de mayo el dictamen del médico confirma el diagnóstico y sugiere la continuación del internamiento. En el 14 de Mayo el Ministerio Fiscal se pronuncia por la permanencia del internamiento. Durante el internamiento no fueron oídas ninguna persona perteneciente a la familia del enfermo, tampoco un abogado o representante del mismo.

El 16 del mayo el Director del Hospital comunica al juez la alta del enfermo, pero sin que conste realización ninguna del juzgado entre los días 10 a 20 de mayo, en el día 21 el juez ratifica el internamiento, cuando el enfermo ya tenía recibido el alta. De tal forma que el plazo de 72h para la decisión fuera extrapolado hasta por 19 días.

Con relación a la alegación en la demora del trámite procesal el juzgado de primera instancia fundamenta que la demora fuera “leve y razonable”. Con relación a las garantías durante el procedimiento de internamiento deduce que no cabe alegar que no se recabó la audiencia de familiares, pues la audiencia de esos parientes o en general de cualquier persona es facultad del Juez, cuanto más que el interesado, a pesar de su estado comunicativo cuando fue examinado por el Juez no manifestó a este que fuera oído ninguna persona a su instancia, ni solicitó ser asistido por Abogado, estando sus derechos garantizados por el Ministerio Fiscal.

En la demanda de Amparo alega el demandante:

- Vulneración de los derechos fundamentales y da libertad personal efectiva, debido al incumplimiento del plazo procesal.

- Falta de necesidad y proporcionalidad de la medida. El abogado sugiere que tal medida fuera adoptada por razones de problemas familiares del enfermo con su esposa. Certifica que el tratamiento podría ser hecho en el ambulatorio.
- Falta de ejercicio del derecho de defensa del recurrente y la práctica de pruebas.

Durante la tramitación del recurso de Amparo la Consejería de Salud de Junta de Andalucía, solicitó su personación en el proceso como parte recurrida. De ahí que la Junta de Andalucía solicitara la desestimación del recurso alegando que en el caso del recurrente, a su criterio, el juzgado de primera instancia ha procedido dentro de los dictámenes de la ley. También el recurrente solicita la renuncia del pleito al no existir interés legítimo en la continuación del proceso. Por su parte, el Ministerio Fiscal se opone a tal desistimiento y consecuentemente al archivo del recurso, invocando doctrina del Tribunal Constitucional asevera que: *“las cuestiones planteadas en la demanda de amparo presentan unos matices novedosos sobre los que no existe doctrina constitucional específica; que tales cuestiones afectan "a un colectivo especialmente vulnerable, cual es el de las personas con discapacidad y están directamente relacionadas con un derecho de singular importancia y trascendencia como es el derecho a la libertad personal" y, además porque la estimación del recurso cumpliría una "función de prevención y/o disuasión de eventuales actuaciones judiciales no respetuosas con la garantía de jurisdiccionalidad" propia de este ámbito de tutela, sin que se observe tampoco que la continuación del proceso cause perjuicio alguno al recurrente”*.

Con relación al desistimiento el Tribunal Constitucional alega: *Dicha solicitud de desistimiento ha de ser rechazada con base en la doctrina de este Tribunal que atempera el carácter rogado atribuido a esta jurisdicción constitucional, cuando, "razones de interés público, vinculadas a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales", determinan la necesidad de hacer un pronunciamiento expreso sobre el fondo del asunto pese al abandono de la respectiva pretensión de parte (STC 51/1998, de 3 de marzo, FJ 2; y AATC 265/2002, de 9 de diciembre, FJ Único; y 330/2003, de 20 de octubre, FFJJ 1 y 2).*

Por último, en lo que concierne al merito de la cuestión sobre la vulneración de los derechos fundamentales a libertad y garantías personales del recurrente, el Tribunal entiende que hubo la extralimitación del plazo porque no fuera cumplido la ratificación

judicial del internamiento en el plazo de 72h, conforme establece el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que también infringe el art. 24.1 de la CE, bien como el artículo 5º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Finalmente en el fallo acuerde declarar que hubo vulneración del derecho fundamental a la libertad personal de recurrente y declarar la nulidad del juzgado de primera Instancia de Granada³⁴⁸.

Estamos de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional. Ningún enfermo mental puede ser privado de su libertad por padecer de una enfermedad que merma su consciencia de la realidad, la restricción de su autonomía debe ser tomada estrictamente respetándose los plazos temporales del procedimiento judicial y resaltando sus garantías a los derechos fundamentales. En este caso hubo una clara violación a los preceptos judiciales del internamiento involuntario, varios errores no debidamente justificados por el juzgado de primera instancia. La duración de la medida de internamiento involuntario debe satisfacer los requisitos de extrema necesidad y proporcionalidad a las consecuencias de la enfermedad bajo la personalidad del enfermo, nunca como una sanción o para justificar otras cuestiones, como por ejemplo problemas familiares.

Para nosotros el Tribunal Constitucional ejerció una postura correcta. Hay que ponderar si la gravedad del trastorno justifica la necesidad urgente del internamiento sin autorización judicial anterior al mismo, en el caso de que la respuesta sea afirmativa debe ser respetado el plazo legal de 72h para la ratificación de la decisión. Lo que efectivamente en estos casos no fuera hecho.

Sobre esto conviene citar el Prof. José Antonio MARTÍN PÉREZ que afirma que: *“Con carácter general hay que partir del hecho que la doctrina y la regulación del internamiento se constituyen pensando en enfermos mentales y establecimientos psiquiátricos. El internamiento en centros especializados de quien padece algún trastorno psíquico supone la reclusión del enfermo en un centro en régimen cerrado, por lo que también implica una privación de libertad. Se trata, por tanto, de una decisión de especial trascendencia, porque aunque su finalidad es protectora, supone una limitación de los derechos de la persona, en concreto, de su libertad”*. Y continua

³⁴⁸ Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda 141/2012, de 2 de Julio de 2012.

acertadamente exponiendo que: *“Por ello, es una medida que ha de estar rodeada de las mayores garantías, interviniendo la garantía típica prevista por el Decreto, esto es, la intervención judicial. Con ello se pretenden evitar abusos y tratar de que nadie se vea privado de sus derechos injustificadamente. Se trata de evitar situaciones insólitas como las descritas por la literatura y el cine, de personas sanas y cuerdas que han sido internadas o, más bien, reclusas en establecimiento psiquiátricos, a merced de parientes sin escrúpulos y de facultativos complacientes. Todo ello forma parte de la historia negra en torno a los antiguos manicomios”*³⁴⁹.

Retornamos al posicionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto del que el Dr. Rafael CABRERA MERCADO, expone que: *“Concretando este último aspecto de acuerdo con la citada jurisprudencia del TEDH, habría que seguir las siguientes directrices: a) el concepto de enajenado es dinámico y relativo, ya que evoluciona continuamente con los progresos de la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente del tratamiento y los cambios de actitud de la sociedad hacia los enfermos mentales; b) no se puede internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o comportamiento se aparten de las normas predominantes en una determinada sociedad; c) no se debe internar a nadie como enajenado sin datos médicos objetivos que lo justifiquen, salvo supuestos excepcionales de urgencia; d) la validez de la prolongación del internamiento está condicionada por la persistencia de la enfermedad; e) el internamiento constituye una medida excepcional, que sólo debe acordarse cuando no existe alternativa, adoptándose en beneficio del supuesto incapaz; f) el trastorno ha de ser grave y trascendente; g) el internamiento debe desarrollarse en un hospital, clínica u otro establecimiento apropiado para el enfermo; h) el enfermo mental internado forzosamente en una institución psiquiátrica por un período indefinido o prolongado tiene el derecho a solicitar en cualquier momento y con intervalos razonables una revisión periódica de carácter judicial”*³⁵⁰.

Al tiempo, podemos citar una sentencia que retrata las consecuencias de un internamiento involuntario hecho sin necesidad de urgencia y contrario a las normas legales. El hecho que nos reporta tratase de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de noviembre de 2004, en que el hombre fuera internado

³⁴⁹ PÉREZ MARTÍN, José Antonio y otros (2004): *El internamiento o Ingreso de Personas Mayores en Centros Geriátricos*. Ed. La Ley, p. 168.

³⁵⁰ MERCADO CABRERA, Rafael. op. cit., pág. 223.

contra su voluntad y sin autorización judicial, bajo la justificación de padecer de una esquizofrenia que le había sido diagnosticada dos años anteriores al internamiento. Se quedó en el hospital psiquiátrico por quince días cuando le fuera administrado tratamiento neuroléptico inadecuado que le causó una parada respiratoria. Por esta razón solicita el acrecentamiento de la indemnización por daños morales y materiales, argumentando el demandante que el juzgador solamente ponderó sobre la pérdida de la libertad y no valoró monetariamente el error médico al aplicar el neuroléptico inadecuado. Por esto el incremento de la valoración del importe de 6.101,21 euros a 9.000,00 o 10.000,00 euros.

El tribunal estima que no está configurada como una situación de urgencia que justifique el ingreso inmediato y coactivo del internamiento involuntario que el demandante se encontraba, en la hora del internamiento: "Vigil, orientado, contenido. Nula conciencia de enfermedad. Agresividad verbal dirigida hacia su familia y hacia el personal sanitario buscando culpables, discurso coherente. No alteraciones senso/perceptivas". Pero con relación a la decisión de la indemnización mantiene el valor estipulado.

El Derecho del apelante en nuestra juicio ha sido vulnerado por los siguientes motivos: 1.- su ingreso involuntario en cuando tenía consciencia de lo que hacia 2.- Tratamiento neuroléptico inadecuado por parte del hospital al no haber sido advertido de los problemas respiratorios y de apnea que venía padeciendo el enfermo, lo cual le provocó pocas horas después de su ingreso una parada respiratoria. 3.- El ingreso de urgencia en otro Hospital con práctica inmediata de una traqueotomía dándose la circunstancia que sería este mismo centro donde recibiría el tratamiento de su enfermedad psíquica.

El Tribunal discurre sobre la autorización judicial en casos de internamiento, de la siguiente manera: *“La libertad personal como principio supremo obliga a que el internamiento involuntario y urgente de una persona se lleve a cabo por trastornos de orden psiquiátrico, constituyendo una excepción a la regla general que impone la autorización judicial previa. Por lo que se refiere al facultativo llamado a prescribir el internamiento involuntario y urgente ha de vincular su decisión a la ponderación de factores tales como el diagnóstico, la magnitud de los trastornos, la capacidad del paciente y de su familia con el objetivo de afrontar la situación, las circunstancias*

existenciales exigidas por el enfermo, la disponibilidad del soporte social y la presencia del factor riesgo, sin que la simple indicación terapéutica sea suficiente para justificar el internamiento involuntario sin autorización judicial previa. Por último, el internamiento involuntario y urgente no es procedente cuando existan posibilidades de tratamiento ambulatorio”.

Por fin concluye el Tribunal que “...la urgencia del internamiento no se quedó justificada, una vez según el informe del psiquiatra el autor sigue puntualmente un tratamiento de visitas programadas. Todavía con relación al valor del importe de la indemnización, Tribunal de la corrección de la indemnización que la sentencia apelada ha fijado en relación al daño moral ocasionado al apelante, siendo, por tanto plenamente ajustada a Derecho y por consiguiente, resuelve desestimar el recurso”³⁵¹.

Con relación al valor de la indemnización no es cuestión de analizarlo aquí. Pero con relación a la postura del Tribunal ante del internamiento pensamos que ha sido la correcta. Nadie puede quedar privado de su libertad sin autorización judicial por padecer de una enfermedad mental; si permanecen enjaulados en ciertos hospitales totalmente reclusos de la realidad, en el caso arriba narrado el tratamiento podría ser hecho por fármacos que pueden ser administrados en la propia casa del enfermo mediante tratamiento ambulatorio.

Siguiendo el orden de las ideas anteriores, es cierto e incuestionable que el objetivo institucional que el internamiento pretende es la protección de las personas enfermas mentales, pero puede, en la realidad, desembocar desde nuestro punto de vista en una situación bastante diferente. Hay intereses que se encuentran sobrepuestos a la protección personal del enfermo, intereses familiares, económicos, patrimoniales entre otros, que pueden ser vulnerados a través del internamiento involuntario.

Ciertamente, no podemos olvidarnos de que el internamiento es una privación de libertad y solamente debe ser adoptado con el motivo de protección del enfermo, de la sociedad y mediante autorización judicial y en casos extremos. No podemos generalizar, pero existen fundadas críticas sobre el internamiento de las personas sea cual fuere el fin que se busque.

³⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia núm. 273/2003 de 7 noviembre. JUR\2004\4751.

En términos generales, compartimos la idea de que las personas que se adentran en un instituto de salud mental y que son privadas de su bien mayor, la libertad, se vuelven más enfermos de lo que ya estaban. A nuestro entender, a largo plazo, es difícil que este tratamiento consiga la cura; mientras tanto no quedan dudas para nosotros de que realmente lleva a la exclusión social. Hay innumerables casos de privación de libertad mediante el engañoso manto del internamiento. A nuestro juicio, este instrumento de protección puede tornarse en un medio para cercenar la libertad de los enfermos para obtener beneficios inescrupulosos. El control y la fiscalización bien sean por parte de los centros médicos, sea por el Ministerio Fiscal o por el poder judicial, es el único medio para evitar manipulaciones fraudulentas.

En el Capítulo siguiente señalaremos sobre una propuesta de *lex ferenda* para Brasil de la Ley española 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO IV

**LOS PUNTOS PRINCIPALES DE LA LEY ESPAÑOLA 41/2003 DE
PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
COMO PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA BRASIL.**

El aumento de la expectativa de la vida y el tratamiento de ciertas enfermedades degenerativas ha puesto de relieve la necesidad de reglamentar legislativamente ciertas situaciones como las que hemos comentado antes de manera informal. Así, en aras visando garantizar el futuro, fue aprobada la ley 41/2003 que tiene por propósito proteger los derechos patrimoniales de personas ante de una posible discapacidad o incapacitación.

Hablaremos en este Capítulo sobre las innovaciones efectuadas por la ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, especialmente en el sentido de una propuesta de *lexis ferenda* para la legislación brasileña.

Resaltaremos las modificaciones acaecidas en el derecho sucesorio acrecentando las posibilidades jurídicas más innovadoras para la protección económica instituidas por esta ley en lo que concierne: al patrimonio protegido, contrato de alimentos, el establecimiento del fideicomiso a favor de la legítima estricta en beneficio de un descendiente incapacitado, el otorgamiento del derecho de permanecer en la vivienda al hijo discapacitado después del fallecimiento de los padres, la auto/tutela, la preservación del mandato en caso de incapacitación.

Al mismo tiempo señalaremos la escasa aplicación práctica a nuestro juicio de algunos instrumentos introducidos por esta ley, como por ejemplo del establecimiento del fideicomiso bajo la legítima estricta, delante de los estudios hechos por la jurisprudencia y las notarias. Además, añadiremos la opinión de varios autores y sus ponderaciones en el ámbito de aplicación de esta legislación.

4.1. Significado del patrimonio protegido.

En primer lugar vamos explicar lo que significa el patrimonio protegido en la legislación española:

Artículo 1. Objeto y régimen jurídico.

1. El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

2. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.

La disposición legal arriba es corroborada en el artículo 5.4, a saber: Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

A la vista de este artículo primero, podemos decir que la ley de protección patrimonial 41/2003 es un pilar del principio fundamental de la autonomía de la voluntad. A nuestro entender, se trata de un gran avance ante de la necesidad de reglamentar situaciones de inseguridad de familias que tienen hijos deficientes o alguien que está ante la inminencia de sufrir -o bien un riesgo probable- una discapacidad y quiere ver respetada su voluntad cuando no pueda expresarse más por sí mismo. Para ello ha sido creado el instituto del patrimonio protegido también de la auto/tutela, que conforme hemos dicho, se destina a personas que tengan una previsión o un pronóstico de minusvalía que podrá impedirle expresarse en el futuro respecto de sus juicios de lo que desearía para su vida.

Para el Dr. Ignacio Serrano García *“Esta orientación jurídico-privada es digna de elogios, ya que las cuestiones que afectan a cualquier persona, debe resolverlas en primer lugar, él mismo; cuando él no sea capaz de solucionarlos, deben ser enfrentados por su familia y sólo en tercer y último lugar, debe venir el Estado para remediar*

*aquellas situaciones que ni la propia persona ni su familia sean capaces de afrontar y solucionar*³⁵².

Compartimos la opinión del autor, pues la intervención de la administración pública debe ser la última opción, para nosotros las personas tienen el derecho de escoger lo que pretenden para su vida, a sus propias expensas determinar la manera como quiere ser tratada bajo la inminencia de una enfermedad en el futuro, en fin decidir elocuentemente lo que piensan ser mejor para uno mismo.

Conforme hemos expuesto en líneas anteriores, esta legislación determina cuáles son los bienes y derechos que forman este patrimonio, aunque posteriormente puede acrecentarse haciendo aportaciones a tal patrimonio. Y estos bienes se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico, con el objetivo de garantizar sus necesidades vitales o de un dependiente suyo. Se trata como fin último de asegurar su autonomía e independencia económica.

No obstante, aunque un poco extensa conviene citar el pensamiento del Dr. Javier LÓPEZ- GALIACHO PERONA afirma que:

“Sin embargo, pasado ya más de siete años desde su publicación y por varias razones que pasaremos a exponer, la figura de patrimonio protegido no ha tenido el eco correspondiente, ni en sus destinatarios como son los discapacitados, incapacitados, padres o representantes legales, ni en otros círculos próximos a este colectivo de la discapacidad, por otra millonario en cuanto a su número en España. Las razones del escaso arraigo son principalmente tributarias, pero también lo es la carencia de un régimen de aportaciones periódicas, las insuficientes ventajas fiscales, el haber cerrado los beneficios fiscales a las aportaciones por parientes, o la no definición de una disposición que delimite claramente la responsabilidad de ese patrimonio. Y para refrendar esta opinión, basta con asomarse a las estadísticas (2008 y 2009) para comprobar que en toda España sólo se han

³⁵² GARCIA SERRANO, Ignacio op.cit. p.136.

constituido más de 250 patrimonios protegidos. Incluso, lo que es más grave, muchas personas afectadas de discapacidad desconocen, y de ello doy fe por mi acercamiento al colectivo de la discapacidad, qué posibilidades se esconden detrás de la figura jurídica que nos ocupa”³⁵³.

Es lamentable, pero concordamos con el profesor según constatamos. Con excepción de aquellos que trabajan con leyes, los notarios, que esta ley aún no ha llegado al conocimiento de la población en general. Las personas no tienen conocimientos de lo que representa ella, o de cómo es constituido el patrimonio protegido, el contrato de alimentos y la auto/tutela, y los que saben de la existencia de ella suelen interpretarla de forma equivocada, especialmente con relación a los beneficios fiscales.

Para el Dr. Serrano García la ley 41/2003: “...bien directamente o bien con una interpretación finalista, utiliza el concepto de prevención. El propio individuo, mayor y capaz, organizará su futuro tanto en el ámbito personal como en el patrimonial —que puede ser el nuevo patrimonio protegido para personas con discapacidad—. Manifestará sus intenciones acerca de cómo quiere ser tratado personalmente (Ley de autonomía del paciente de 2002) y cómo quiere que se administre su patrimonio e, incluso, quién quiere que se ocupe de su persona y/o bienes, para el caso de que devenga incapaz, señalando la persona que quiere que desempeñe su tutela y estableciendo «cualquier disposición». En esta serie de posibilidades de previsión de futuro se encuadran, directamente, la auto/tutela, la no extinción del mandato si el mandante es incapacitado y los poderes preventivos (22). Como prevención a los problemas de «dependencia» (23), agravada con el aumento de la esperanza de vida, se regula el «contrato de alimentos» en los artículos 1791 a 1797 (24)”³⁵⁴.

En nuestra opinión esta ley demuestra la cruda realidad de la inseguridad de las relaciones familiares, y por esto las personas mayores buscan garantizar su autonomía o

³⁵³ GALIACHO PERONA, J. L. en José Pérez de Vargas Muñoz, (año): *La Aportación al patrimonio Protegido Mejor Con Dinero*. La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad. Madrid, Ed. La Ley, pp. 626 y 627.

³⁵⁴ Serrano García, Ignacio. (2006): “La extinción del mandato. Modificación del artículo 1732 del Código Civil”, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Diciembre, pág.2.

de un dependiente suyo discapacitado, de forma que conforme lo estipulado por el beneficiario los demás familiares ejerzan el papel de meros regentes del patrimonio del otorgante.

Con relación a ello exponemos lo que la Dra. Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ diserta sobre el tema. Dice:

“La consecuencia práctica del objetivo de la ley, esto es, la sujeción de los bienes a la satisfacción de las necesidades del beneficiario, no resulta garantizada por la ley, pues al no haberse dispuesto una separación radical del patrimonio protegido respecto al patrimonio propio del sujeto, no pueden impedirse actos de disposición sobre los bienes que componen el mismo por parte del beneficiario - con o sin la capacidad adecuada para ello - o por parte del administrador que contravengan el destino previsto inicialmente por la norma, ni puede impedirse que los acreedores del sujeto se dirijan contra los bienes que integran el patrimonio protegido. (...) creo que las grietas que presenta la ley se deben fundamentalmente a que se han tomado como modelo instituciones jurídicas, como las fundaciones o el trust, de las que se emplean algunas piezas sueltas para después crear una figura distinta “el patrimonio protegido” con el resultado final de que no se puede terminar el puzzle porque no encajan las fichas. En definitiva, el incumplimiento de las previsiones legales, o el inexacto cumplimiento de la encomiable finalidad perseguida por la ley, lo más que generarán en la práctica real será un cúmulo de responsabilidades entre los sujetos y patrimonios intervinientes, pero poco más, obligándonos a poner en tela de juicio, lamentablemente una vez más, el incompleto- o peor aún, inútil - esfuerzo del legislador. Como resumen, siguiendo las palabras formuladas por nuestra doctrina, “cabe preguntarse si la eficacia real de la ley justificará tanta complejidad y tanta dificultad”³⁵⁵.

Discrepamos de la opinión de la supra mencionada autora, pues a nuestro modesto juicio, entendemos que el objetivo de la protección patrimonial está bien

³⁵⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina. (2008) *Incapacitación y Mandato*, Madrid, Ed. La Ley, p.52.

reglamentado por la ley, pues esta amarra de forma clara y precisa cómo podrá el beneficiario disfrutar de su propio patrimonio en caso de cualquier discapacidad; incluso, sin necesitar de incapacitación, o bien con relación al resguardo de este patrimonio en caso de deudas, conforme explicaremos posteriormente.

Con relación a la constitución del patrimonio protegido quedará explícito quien será el administrador y cuáles son sus obligaciones. El Ministerio Fiscal actúa en la fiscalización de la administración del patrimonio protegido. Aunque no está determinado en la ley la previsión es que el patrimonio protegido responda solamente por sus propias deudas. Con relación a esta afirmación, argumenta el Dr. Ignacio Gallego Domínguez:

“Recíprocamente el patrimonio personal del discapacitado responderá por las obligaciones contraídas en el ámbito de la administración del patrimonio protegido o, por ejemplo, por daños causados por bienes incluidos dentro de dicho patrimonio. Existe una tesis que entiende que en sentido estricto un patrimonio separado se caracteriza, al margen de la creación legal y en su caso de otras posibles notas –así, un peculiar régimen de administración y disposición– por existir una separación de responsabilidades con relación al patrimonio personal. El patrimonio protegido del discapacitado es cierto que está configurado por la ley, que está sometido a un régimen especial de administración y disposición, pero ello no supone la existencia de un dique de contención entre las deudas de este patrimonio y las del resto del patrimonio personal del discapacitado, pues la Ley no establece que el patrimonio protegido sea una excepción al principio de responsabilidad universal del art. 1911 CC, por lo que para los defensores de estas tesis no se trataría de un patrimonio separado. Pero volviendo a la indeterminación conceptual antes señalada, existe por el contrario otra tesis que considera que existe un patrimonio separado cuando existe una configuración legal del mismo, cuando encontramos especialidades para el mismo, en particular, un especial régimen de administración, sin que sea absolutamente necesario que la ley establezca la separación de responsabilidades entre tal patrimonio y el patrimonio personal del titular en cuestión. Para esta tesis es claro que el patrimonio

protegido del discapacitado debe ser considerado como un patrimonio separado³⁵⁶. (El resaltado es nuestra).

A nuestro juicio, la intención del legislador es efectivamente el aparcamiento y sometimiento de determinados bienes y derechos a un objetivo distinto de los demás bienes, para las previsiones relacionadas con el de abrigo de las necesidades económicas del beneficiario que pueden ocurrir en un futuro muy próximo, donde se deduce que solamente las deudas contraídas en virtud de ello, es que deben responder.

Para el Dr. Javier LÓPEZ-GALIACHO PERONA “*Algún objetivo de la discapacidad como es Down España, al que nos sumamos, sostiene que el principal objetivo de los patrimonios protegidos no sólo es hacer frente a las necesidades de la persona con discapacidad, sino que además, tan importante como lo anterior, es que a fin de potenciar su autonomía, la gestión de estos recursos sea llevado a cabo, en la medida de lo posible, por el propio beneficiario. Por este motivo resulta conveniente que las aportaciones al patrimonio protegido se efectúen en dinero, cuyo fin principal sea cubrir las necesidades y gastos cotidianos de la personas con discapacidad*”³⁵⁷.

Compartimos la opinión del Dr. Javier, porque a nuestro juicio además de la intención de la ley que es garantizar una vida digna en caso de una futura discapacidad, también preservar el principio de la autonomía de la voluntad del otorgante.

Por su parte la ley establece cual son las personas que pueden ser beneficiados por el patrimonio protegido. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas beneficiadas:

- a) *Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*
- b) *Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*

3. *El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.*

³⁵⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio (2008): “Aproximación al Patrimonio Protegido Del Discapacitado”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ed. La Ley, p. 122.

³⁵⁷ GALIACHO PERONA, J. L. “La aportación al patrimonio protegido...” op. cit. p. 636.

Es un prerrequisito el atestado del médico para que se decrete la incapacitación. La ley no exige, en algunos casos, el procedimiento de incapacitación, pero obliga la garantía de que el beneficiario sea afectado por una minusvalía física o psíquica o las dos, conforme estipulación anteriormente señalada. El criterio del legislador es la deficiencia conforme los grados supra mencionados.

Con relación a la constitución del patrimonio protegido la ley establece que:

Artículo 3. Constitución del Patrimonio Protegido:

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

- a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente;*
- b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.*
- c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.*

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

Hagamos algunos comentarios sobre el artículo. El primer numeral establece como prerrogativa “...tener la capacidad de obrar suficiente”, es decir disfrutar de discernimiento con ocasión del otorgamiento, es decir, a nuestro juicio, una persona que sufra una minusvalía física en un grado moderado, pero que mantenga íntegra su percepción de la realidad puede perfectamente constituir una parte de sus bienes como patrimonio protegido.

Con relación a la constitución del patrimonio protegido por los padres de hijos discapacitados, me parece que la ley expone con amplia visión y, si se nos permite, con generosidad, la voluntad y el deseo de aquellos que tienen un descendiente deficiente, toda vez que éstos, muy difícilmente, podrán mantener su autonomía financiera debido a las dificultades que tienen para hacerse de una renta permanente y suficiente o bien de un trabajo que las permita la autosuficiencia económica. Por esto, el impulso de protección de los padres en buscar mecanismos mediante los cuales le salvaguarden de una situación penosa en el futuro cuando no acompañen en su itinerario vital a su hijo.

Sobre ello creemos necesario traer aquí una resolución que bien explica la estipulación a favor del discapacitado, tratándose en este caso de su hijo. Los solicitantes son padres de una hija deficiente y desean comprar una finca y agregar ésta al patrimonio protegido, también desean el descuento estipulado en el impuesto sobre la renta en la ley 40/1998, modificada por la ley 41/2003. Sin embargo, si el patrimonio protegido no estuviera constituido conforme las determinaciones legales, las posteriores aportaciones no surtirán los efectos tributarios previstos en la ley de impuesto sobre la renta. De esta manera, la Dirección General de Tributos a través de la Resolución núm. 1774/2008, determina que:

“En conclusión, dado que el consultante manifiesta que pretende adquirir un inmueble a nombre de su hija minusválida sin que de los datos consignados en el escrito de consulta pueda entenderse que dicha operación constituye una aportación al patrimonio protegido de aquella, la adquisición del inmueble a nombre de la hija del consultante quedará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en su totalidad y dicha operación no podrá beneficiarse de los incentivos fiscales recogidos en las aportaciones a los patrimonios protegidos de personas con discapacidad. Gran parte de la jurisprudencia que habla sobre la constitución del patrimonio protegido expresan el propósito de disfrutar de los beneficios tributarios concedidos por esta ley³⁵⁸.

³⁵⁸ Hacienda Tributaria de Navarra. Resolución núm. 1774/2008 de 7 octubre. JUR\2008\365598.

En efecto, en el orden de las ideas anteriores esta decisión retrata nuestro posicionamiento sobre la falta de conocimiento de los familiares de los prerequisites exigidos para la constitución de un patrimonio protegido y sus aportaciones.

En este mismo sentido destaca otra consulta hecha a la Dirección General de Tributos en la que los padres de una persona discapacitada quieren comprar un piso y poner a nombre de ésta. En este caso, indagan sobre la posibilidad de aplicar las reducciones a que se refiere el artículo 59 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aun cuando el patrimonio protegido no se encuentre constituido. Si se constituye un patrimonio protegido mediante escritura pública, aun cuando no esté aprobado el desarrollo reglamentario de la Ley 41/2003, ¿tendrá derecho a las citadas reducciones? ¿Qué límite de reducción tendrían los padres constituyentes en sus respectivas declaraciones individuales?

La respuesta a la consulta es la siguiente:

"En relación a las cuestiones planteadas se informa lo siguiente: 1º. El apartado 3, del artículo 3 -constitución- de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, establece la forma jurídica por la cual debe de constituirse un patrimonio protegido a favor de un contribuyente discapacitado. En concreto, el mencionado precepto dispone que: "El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior. Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido: a) El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido. b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta Ley. c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo". Cabe entender, a la vista de

lo anterior, que si el patrimonio protegido no ha sido constituido, las "aportaciones" que se realicen no surtirán los efectos tributarios previstos en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (BOE del día 10), tanto para los aportantes reducciones en la base imponible por las aportaciones efectuadas- como para los beneficiarios- titulares- del patrimonio protegido -calificación de rendimientos del trabajo de dichas aportaciones-³⁵⁹.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, efectivamente lo que se aprecia es que las familias que tienen hijos o alguna persona con alguna discapacidad, sin duda tienen un orden de jerarquías respecto de los intereses que procuran sobre éstos. Bien podemos ordenar estos intereses así: primeramente quieren la seguridad y protección institucionales para sus familiares; después, quieren tener derechos a los beneficios fiscales que establece la ley 41/2003. Sobre esto conviene citar a Moreno Sanz: *“En la creación de un mecanismo jurídico de aplicación y corte típicamente liberal (...) el papel asumido por el Estado se circunscribe a autorizar su constitución a aquellas personas que cuenten con el patrimonio suficiente para hacerlo, a favorecer su creación mediante la incentivación fiscal y a su tutela mediante las instituciones correspondiente. Se trata de un conjunto de medidas de carácter jurídico privado, en las que el poder público adopta una posición vigilante o de control”*³⁶⁰.

Compartimos la posición del autor, que esta ley, conforme hemos visto en líneas arriba, otorga las deducciones fiscales para la constitución del patrimonio protegido, lo que creemos efectivamente es un fuerte estímulo para la institución del mismo.

Para ilustrar lo anteriormente señalado traemos aquí una decisión de la Dirección General de Tributos, por su gran interés. Se trata de un hijo que contribuye mensualmente con la manutención de la madre enferma y requiere los beneficios fiscales del patrimonio protegido para tales contribuciones:

³⁵⁹ Dirección General de Tributos (Consulta vinculante). Resolución núm. 131/2005 de 2 febrero. JUR\2005\79588

³⁶⁰ MORETÓN SANZ, M^a. F: *Protección Civil de la discapacidad: Patrimonio Protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal*, RCDI, núm. 687, enero- febrero, 2005, p. 76.

“Mujer de 81 años, viuda y minusválida, que convive con cada uno de los dos hijos que tiene. Percibe dos pensiones, una de jubilación por incapacidad permanente total y otra de viudedad, con un cómputo total de ambas de 10.120,46 euros anuales. Los hijos aportan para su mantenimiento determinadas cantidades mensuales. La cuestión planteada: - Procedencia de la aplicación del mínimo por ascendientes. ¿Las aportaciones de los hijos, son deducibles en concepto de importes ingresados en el patrimonio de un minusválido? La respuesta: Por último, señalar que las aportaciones efectuadas por los hijos para el mantenimiento de su madre no dan derecho a reducción en concepto de aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, a que se refiere el artículo 54 de la Ley del Impuesto, al no haberse constituido el Patrimonio protegido en los términos previstos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”³⁶¹.

Ante la situación planteada, conforme hemos dicho reiteradamente la sociedad aun no ha absorbido las instrucciones de esta ley, tampoco su finalidad el desconocimiento es notorio, para mí las personas buscan los beneficios fiscales de esta ley sin saber lo que representa.

Conforme a la legislación tributaria las aportaciones, cuando están debidamente constituidas, al patrimonio protegido del contribuyente discapacitado efectuadas por las personas que tengan con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, así como por el cónyuge del discapacitado o por aquellos que lo tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, darán derecho a reducir la base imponible del aportante, con el límite máximo de 8.000 euros anuales. El conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que efectúen aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido no podrá exceder de 24.250 euros anuales.

³⁶¹ Dirección General de Tributos (Consulta vinculante). Resolución núm. 1586/2009 de 2 julio. JUR\2009\398832

La ley 41/2003 permite también que el guardador de hecho constituyera en beneficio del incapaz un patrimonio protegido. Hay que decir, no obstante, que con relación a este asunto la doctrina no es unánime. Hay una polémica sobre la legitimación de éstos en la designación de bienes protegidos para un discapacitado. Fernando Santos Urbaneja destaca al respecto “... *la normalidad con que el larguísimo periodo en que fue considerada, como ya señaló, una institución perseguible*”³⁶².

Con relación a la dualidad de criterios que se aprecia en la doctrina, el Dr. Ignacio Serrano García alude al posicionamiento de la Dra. Silvia DÍAZ ALABART y Dr. ÁLVAREZ MORENO para apuntar que “*Aunque aquí parezca atribuirse al guardador de hecho la facultad de constituir el patrimonio protegido, no es cierto y dicha expresión no es sino un exceso verbal. Si bien literalmente parece deducirse tal legitimación, los guardadores de hecho de los discapacitados psíquicos no pueden constituir un patrimonio protegido, sino instar o promover unas medidas de protección para ciertos bienes integrantes del patrimonio genérico de esas personas*”³⁶³.

Por nuestra parte, pensamos que es perfectamente posible que el guardador de hecho instituyera el Patrimonio Protegido. El artículo 304 del CC establece que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. A su vez, el mencionado antes artículo 3.1 de la Ley 41/2003 en su literal c), establece que el guardador de hecho puede constituir el patrimonio protegido a un deficiente psíquico con relación a los bienes de sus padres o tutores.

Sobre esta dualidad de criterios a nuestro juicio se trata más de una liberalidad impuesta por la legislación, exaltar la figura del guardador de hecho y su capacidad para otorgar el patrimonio protegido. Efectivamente, no encontramos razón legal que determine la imposibilidad de un guardador de hecho en estipular bienes de los padres o de los tutores a través de escritura pública. Sin embargo, esta figura posee todos los prerequisites exigidos por la legislación. Es evidente que la capacidad de obrar reivindicatoria será del guardador de hecho. Así, a partir del hecho de que existan bienes pertenecientes, por derecho, al enfermo, para nosotros puede perfectamente el

³⁶² URBANEJA SANTOS, Fernando (2006): “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, en *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima*. Madrid, Ed. LERKO PRINT, 2006, p. 47.

³⁶³ DÍAZ ALABART, S Y ÁLVAREZ MORENO, Mª T., citado por GARCIA SERRANO, Ignacio, op. cit., pp. 401-402.

guardador de hecho a través de documento público establecer el patrimonio protegido para el deficiente. Puede, incluso, establecer las reglas de administración, hacer aportaciones y en fin todo lo necesario para constituir el patrimonio protegido.

Finalmente, para la constitución del patrimonio es necesario: (a) el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido, (b) La determinación de las reglas de administración y, en su caso, (c) las reglas de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5º de la ley y de cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del patrimonio protegido.

En el tocante a la administración del patrimonio protegido la Dra. Eva Martínez Gallego menciona: La administración del patrimonio protegido que se emplea en la nueva ley se hace en el sentido más amplio, pues se parte de que todos los bienes y derechos se sujetan a las reglas de administración establecidas por quien ha constituido el patrimonio. Además, advierte que el administrador tiene la obligación de rendir cuentas, rendición que se llevará al Ministerio Fiscal, cuando éste lo requiera, y en todo caso, anualmente mediante la remisión de toda gestión e inventario debidamente justificado³⁶⁴.

Es importante resaltar la participación del Ministerio Fiscal como órgano supervisor de la administración del patrimonio protegido, mediante control de la rendición de cuentas y del buen desempeño del administrador.

4.1.1. Las aportaciones al patrimonio protegido:

Artículo 4. Aportaciones al patrimonio protegido. 1. Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo

³⁶⁴ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. (2004) *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela en Protección jurídica de los mayores*, Madrid, Ed. La ley, p. 145.

anterior para su constitución. 2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término. En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. 3. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

En lo que respecta a los bienes que van constituir el patrimonio protegido la ley no expresa el *quantum* o el valor que deberá constar con ocasión de la constitución del patrimonio. No obstante, en el artículo 3.2 expresa que cualquier persona puede solicitar el establecimiento de un patrimonio protegido para bienes y derechos **suficientes** (la negrita es nuestra). Lo cierto es que es loable el posicionamiento del legislador, que pretende la institucionalización de la protección y garantizar el respeto a la voluntad del otorgante, pero lamentablemente, a nuestro humilde juicio, poca sensibilidad se aprecia en la sociedad en la comprensión o entendimiento sobre los propósitos de esta ley.

Tampoco establece la ley un plazo de preclusión. La única exigencia legal es que la persona que establece el patrimonio protegido tenga capacidad de obrar o sea que tenga conciencia de su acto en el momento del otorgamiento.

En relación a la administración del patrimonio protegido se encuentra regulada por el artículo 5 de la ley 41/2003. Los puntos principales versan sobre la obligatoriedad del administrador a la autorización judicial y los casos expresados en los artículos 271 y 272 del Código Civil. En caso de que el administrador no cumpla con las disposiciones

supra mencionadas el acto estará sujeto a nulidad. Esta disposición legal establece que: *El administrador cuando no es el discapacitado será su representante legal.*

Sobre ello, conviene mencionar una interesante decisión que trata de la designación del constituyente del patrimonio protegido por un hombre que posee una minusvalía psíquica en el 33%, que también reúne al mismo tiempo las atribuciones de beneficiario y administrador del patrimonio protegido. Seguidamente exponemos el hecho: que el otorgante constituyó el patrimonio protegido en lo que él sería también el administrador y solicita que sea anotado al margen de su inscripción de nacimiento, tal otorgamiento.

La Dirección General de los Registros y del Notariado señala al respecto:

La Encargada del Registro Civil dictó auto en el que denegó la inscripción solicitada por el promotor porque de la documentación aportada resultaba que el administrador del patrimonio protegido, del que era beneficiario el promotor, era él mismo, por lo que no existía, conceptualmente, representación legal, no siendo procedente, por tanto, la inscripción solicitada. Notificado el auto anterior al Ministerio Fiscal y al promotor, éste interpuso recurso dirigido a la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la revocación del auto denegatorio y la estimación de su solicitud. En los fundamentos de derecho expone: Vistos los artículos 1, 33, 88 y 90 de la Ley del Registro Civil; 283 y 284 del Reglamento del Registro Civil; 5 de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Se pretende por el interesado que se inscriba en la sección correspondiente cuarta del Registro Civil de “tutelas y representaciones legales”- su condición de representante del patrimonio protegido constituido por él en escritura pública, del cual es beneficiario y administrador, cargo que desempeña por propia designación. La Juez Encargada dictó auto denegando la inscripción instada, auto que constituye el objeto del presente recurso. (...) No se discute en el expediente, al contrario de lo que parece entender el recurrente, la legalidad del

patrimonio constituido ni el hecho de que la constitución se realice por el propio discapacitado, beneficiario del mismo, ni tampoco es objeto de discrepancia que aquél se designe a sí mismo como administrador del patrimonio que él constituye, puesto que se trata de posibilidades previstas por la Ley 41/2003 (cfr. art. 5.1 de ésta). La cuestión es otra y se centra en determinar si puede tener o no acceso a la sección cuarta del Registro Civil, como representación legal de un patrimonio protegido, la que se otorga a sí mismo el interesado al nombrarse administrador de dicho patrimonio. La respuesta, evidentemente, ha de ser negativa³⁶⁵.

A nuestro juicio, la decisión no podría ser otra. Pero es de extrañar que una persona que tenga una severa discapacidad con una minusvalía psíquica de 33% posea capacidad para constituir el patrimonio protegido y también administrarlo. La persona que va a desempeñar el cargo de administrador debe tener capacidad y pleno discernimiento para poder actuar en interés del protegido, y si el enfermo posee una discapacidad en tan elevado grado cuesta entender cómo puede asumir un cargo de tan grande importancia y alcance como es la del administrador de un patrimonio protegido. Pues resulta difícilmente comprensible que las cualidades de constituyente, beneficiario y titular recaigan en una misma persona.

Con relación a la alienación del patrimonio protegido es necesaria la debida autorización judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Además, en el artículo 5.2.4 la ley expresa que en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido. Sobre ello conviene resumir una sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria en 13 de noviembre de 2007. Se trata de la solicitud de la venta de un bien de una persona incapaz, sobre el que no está constituido aún la protección del patrimonio. La sentencia de primera instancia desautoriza la enajenación de la vivienda de la madre por la hija y apelante, el motivo que alega el juez es que de conformidad con el artículo 2015 de la ley de Enjuiciamiento Civil el bien debe ser vendido en subasta pública. El tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

³⁶⁵ Dirección General de los Registros y del Notariado (Civil). Resolución núm. 1/2009 de 4 abril. JUR\2010\295875.

Acerca de la aplicabilidad del mencionado precepto esta Sala comparte el criterio reflejado por la Sección 2ª de la A.P. de Cádiz en Auto de 21 de marzo de 2005 (PROV 2005, 144287) ; tal y como allí se razona conviene reiterar que para la resolución de esta apelación debe prescindirse de las tomas frente al artículo 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34 y 962 y RCL 2001, 1892) que se limitan a manifestar su inaplicabilidad o desuso pese a la sucesiva confirmación de la norma en la Ley 1/2000, y anteriormente por la Ley 13/1982 de 7 de abril (RCL 1982, 1051) de Integración Social de los Minusválidos o la reforma del Código Civil (LEG 1889, 27) llevada a cabo por la Ley 13/1983 de 24 de octubre (RCL 1983, 2298) . No obstante, el impacto que sobre la materia ha tenido el artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (RCL 2003, 2695), de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, lleva a tener por innecesaria la sumisión de la autorización de la venta de menores al requisito de la pública subasta, tal como se establece en el párrafo 2, último inciso del referido precepto: "En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 (LEG 1881, 1) ".

Como puede apreciarse esta sentencia determina que las reglas para el patrimonio del incapaz o discapacitado a la fecha actual, pasa por la sumisión a las reglas de la expresada en la Ley 41/2003. Esta ley es de aplicación directa porque no puede ser analógica cuando hay una ley específica que trata del tema. La sentencia concluye que:

Y así es por cuanto que, constituido ese patrimonio formalmente o no, es lo cierto que las reglas de administración para el patrimonio del incapaz o discapacitado a la fecha actual, pasa por la sumisión a las reglas de la expresada Ley de conformidad con su finalidad tuitiva de los intereses del titular del patrimonio protegido, so pena de conferir a la expresada Ley un carácter formal del que carece en lo que se refiere a la protección de los derechos de los más necesitados. Y es de aplicación directa porque no

puede serlo analógica, ya que para el caso de la venta de bienes de incapacitados sí existe el artículo 2015, por lo que no puede aplicarse de manera análoga una norma a un caso que tiene regulación específica; entiende pues la sala que el precepto que comentamos es de aplicación directa a las ventas de bienes de incapacitados sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de éste, puesto que, en suma, en el caso contrario estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley 41/2003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subastas en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil (LEG 1889, 27)³⁶⁶.

Aunque la subasta pública sea un mecanismo de garantía, a nuestro juicio, es más fácil encontrar un buen precio adoptando la independiente concurrencia o en el mercado de libre comercio. Ciertamente, será más favorable económicamente al incapaz puesto que hay una mayor probabilidad de encontrar un mejor precio. Efectivamente en la práctica la gran mayoría de los juzgados, cuando hay solicitud para venta de un bien perteneciente a un incapaz sobre quien el bien está bajo efectos legales de un patrimonio protegido, y a partir del hecho de que le sea más favorable autoriza la venta del inmueble a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria con la garantía de que el dinero será destinado a los gastos de manutención del discapacitado o incapaz; por lo que no condiciona su venta a un proceso de subasta.

A título de ejemplo vamos citar una decisión del juzgado núm. 8 de Salamanca en 19-02-2010. El caso trata de la petición para autorización de una venta de un

³⁶⁶ Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª). Sentencia núm. 650/2007 de 13 noviembre. AC\2008\277

inmueble perteneciente, en parte, a una incapacitada. La familia estaba constituida por dos hermanos y por la madre, ambos hijos fueran declarados incapaces, él hijo murió sin haber hecho testamento, en estado de soltero y sin descendencia, siendo por tanto su madre su única heredera, la hermana ingresó en un centro de atención a los discapacitados y la madre en una residencia geriátrica, desde cuyo momento la vivienda está deshabitada. En la petición el Procurador de los Tribunales argumenta y requiere: *“La venta que se solicita encuentra su razón de ser en que a día de hoy tal y como se ha expuesto la vivienda objeto de esta litis se encuentra libre y desocupada, así como sus habitantes y propietarios ingresados en centros especializados por motivo de salud, sin posibilidad alguna de volver a la misma. Por todo ello, lo más conveniente es su venta a fin de rentabilizar el producto que por ella se obtenga y poder hacer frente a los gastos de los centros en los que se encuentran ingresadas madre e hija”*.

Oído el Ministerio Fiscal que opina favorablemente a la venta da la vivienda perteneciente, en parte a la incapaz, en Auto la juez decide: *“Estimando que concurre causa justificada de necesidad o utilidad a que se refiere el art. C.C toda vez que los ingresos que se reciban de la venta servirán para hacer frente a los gastos de los centros donde se encuentran ingresadas tanto la solicitante como su hija incapaz, con la exclusión de la venta en pública subasta”*³⁶⁷.

Con relación a la subasta la doctrina dominante se pronuncia por la no necesidad de esta en los casos de venta que envuelve a personas discapacitadas. Creemos que el posicionamiento de la doctrina española es correcta, pues la imposición de la subasta en la práctica puede dificultar el negocio, incluso abaratar el precio como señalamos antes, perjudicando el patrimonio del incapacitado.

Asimismo, en relación a la autorización judicial para la venta encontramos también criterios que disienten del planteamiento anterior. En Valladolid, por ejemplo, la decisión fue opuesta a la anteriormente mencionada.

Los padres de una joven con síndrome de Down adquirieron una finca por valor de 55.000 euros que integraron dentro del patrimonio protegido de su hija. Transcurrido

³⁶⁷ Juzgado de 1ª Instancia nº 008 de Salamanca. Procedimiento: Enajenación de bienes de menores e incapacitados: 0000225/2010-1. 19-02-2010.

cinco años, y como consecuencia de la crisis económica, deciden vender el solar, para el que solicitan la necesaria autorización judicial, que debe cumplir los requisitos del juzgador, a saber que se exprese el motivo de la enajenación o gravamen y que se indique la finalidad a la que se va a destinar la cantidad que pudiera obtenerse. Alegan los padres que la actual situación inmobiliaria no aconseja mantener dicho bien tal como se encuentra en el patrimonio protegido, en la medida que no es muy probable que ni siquiera a medio plazo pueda obtenerse de él ningún rendimiento. También advierten que tal situación no permite que *“...los bienes aportados, y especialmente, los frutos, productos o rendimientos de ellos pudiera servir para satisfacer las necesidades vitales de su hija”*. Respecto al destino de la cantidad obtenida señalan que *“...se pretende realizar una inversión absolutamente segura con la que se obtenga rendimientos de los bienes que están afectos”*.

Advierte el Magistrado: *“...que del carácter imperativo que se deduce del art. 5 de la ley 41/2003, en el sentido de requerirse previa autorización judicial para enajenar bienes inmuebles destinados al patrimonio protegido “debe deducirse un especial cuidado del juzgador al conceder tal autorización con el fin de garantizar la finalidad de dicha Ley: asegurar que la masa patrimonial especialmente protegida queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad”*.

Rechaza el juez la enajenación del inmueble alegando que:

“...no se acredita que concurra una situación económica o jurídica que obligue a la venta de la finca integrada en el patrimonio protegido de la menor; por el contrario la grave situación económica por la que atravesamos, no aconseja la venta de un inmueble (con la consiguiente depreciación de valor que necesariamente tiene que producirse respecto al momento de su integración en esa masa), para una inversión segura que no se dice cuál... y que permita obtener rendimientos inmediatos. Tampoco se acredita que tal venta sea útil, por cuanto que no se aprecia donde estaría el provecho o ventaja económica para la menor sin riesgo o peligro patrimonial por dicho acto de disposición. En situaciones de crisis económicas como la actual, siempre será más seguro mantener los bienes

raíces, que (no) sus inversiones en valores mobiliarios. Solo una inmediata y concreta necesidad de disponer de un efectivo líquido para atender un gasto vital de la menor (que ni se dice ni mucho menos se acredita) pudiera justificar tal autorización”. Continúa el juez argumentando su decisión en que “...no acierta a comprender el motivo de la enajenación; es decir, qué circunstancias concurren para que en este momento se proponga dicha venta. La falta de rentabilidad que se atribuye al inmueble que se pretende vender, no es nueva, puesto que no consta cuales son los rendimientos que ha producido durante estos cinco años, y en su caso la causa por la que ha dejado de producirlos; si dicha finca no ha producido rendimiento alguno en estos años, tal circunstancias por sí sola no puede justificar una venta cuando de antemano se conocía que su rentabilidad residía en su plusvalía. Es más tampoco se acredita que se haya producido una disminución de valor de la referida finca desde que se integra en la masa protegida a esta fecha (el valor inicial y el actual es el mismo, 55 mil euros)”. Por todo lo cual, se ve obligado a denegar la enajenación solicitada”³⁶⁸.

En nuestra humilde opinión es loable la decisión judicial arriba mencionada, porque la “autorización judicial” no puede delimitarse a la simple concordancia con la decisión de los padres, que efectivamente en algunos casos no puede ser vislumbrado el beneficio superior para el incapaz. Ciertamente que el juez en su decisión como esta ha de ponderar una serie de factores, como la edad y expectativa de vida del enfermo, la real necesidad de la familia, la coherencia de las razones de los padres con el objeto último del patrimonio y con el comportamiento de estos en la administración y que la enajenación del bien sea la mejor opción para el discapacitado y su familia.

4.1.2. Extinción del patrimonio protegido:

La ley expresa que el patrimonio protegido se extinguirá por la muerte del beneficiario o se cesará la causa de incapacitación. Explica el Dr. Íñigo Fernández Gallardo que “La ley prevé que un patrimonio protegido pueda extinguirse de dos

³⁶⁸ Auto 00625/2010. Sentencia de 21 de junio de 2010, Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. Citado por el Dr. Javier LÓPEZ – GALIACHO PERONA. op. cit., p.635.

modos diferentes, bien por decisión judicial, bien por muerte o recuperación del discapacitado. La primera vía tiene un carácter obviamente excepcional, y corresponde iniciarla al Ministerio Fiscal, entre cuyas facultades de supervisión se encuentra ésta de pedir al juez, a la vista de las circunstancias del caso la extinción de un patrimonio. La otra posibilidad queda claramente configurada en la ley como el modo ordinario de producirse la extinción”³⁶⁹.

El artículo 4.3 también establece el destino de los bienes: *“Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”*.

No obstante, hay que considerar la posibilidad, en respeto a la libertad que concede esta ley, de que el aportante escoja con independencia lo que quiere sobre su vida y bienes. Es posible que con su muerte los bienes aportados no se integren a la herencia del difunto, que les sean dado otro destino por ejemplo o la institución de una fundación destinada a estudios científicos de las causas de su enfermedad. El artículo 6.3 ratifica tal entendimiento: *Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera de darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta ley*.

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, si por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones.

³⁶⁹ GALLARDO FERNÁNDEZ, ÍÑIGO. (2006): “La Aportación de un bien con reserva de dominio o prohibición de Disponer a un Patrimonio Protegido o a un Contrato de Alimentos”, en: *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, Ed. La Ley, 2006, Pág. 567.

A nuestro juicio también se acaba el patrimonio protegido cuando hay la necesidad de alienarlo, para cumplir con las finalidades de la ley con relación al mantenimiento del discapacitado, o sea cumplir los gastos vitales del beneficiario.

Abordaremos ahora la novedosa e importante instituto de la auto/tutela.

4.2. Consideraciones sobre la Auto/tutela.

El artículo 9º de la Ley 41/2003 modifica el Código Civil insertando el artículo 223 establece que:

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Sobre la introducción de la auto/tutela en el ordenamiento jurídico español comenta el Dr. José Pérez de Vargas Muñoz de la siguiente manera:

Desde hace mucho tiempo el Tribunal Supremo tuvo ocasión de poner de manifiesto, a través de la famosa sentencia de 5 de marzo de 1947, la falta de adecuación de las instituciones de guarda reguladas por el Código Civil español de 1889. El autor acredita que: ésta fue la primera ocasión en que la doctrina española se planteó la necesidad de revisar el rígido modelo de protección establecido por el Código Civil.

En esta época, pareció ya poco razonable aplicar también ese régimen de tutela severa, quizás justificado en el caso de los locos profundos, a quienes solamente sufrían una debilidad o cierto retraso mental. Para estas personas, a través de la jurisprudencia los Tribunales admitieron la posibilidad de que recibieran una tutela graduada, es decir, adecuada al grado de su discapacidad.

Para el autor, los ordenamientos jurídicos europeos experimentaron la sensación de que los inflexibles modelos de protección inicialmente adoptados por sus códigos civiles no servían ya para dar respuesta a las nuevas necesidades que iban apareciendo, como consecuencia de diversos factores, tales como el imparable crecimiento del número de personas de edad avanzada, muchas de las cuales llegarían a un momento en que podrían autorregularse; el avance de la medicina, que iba permitiendo el diagnóstico precoz de enfermedades degenerativas; las modernas Constituciones, que establecían una protección para las personas discapacitadas que no resultara atentatoria de su dignidad personal, de los derechos inviolables inherentes a toda persona, y que estuviera dirigida al libre desarrollo de su personalidad (arts. 10 y 49 CE)³⁷⁰.

En nuestra opinión, la auto/tutela es un importante instrumento de respeto al derecho de autonomía de la voluntad y de la libertad de disposiciones personales y patrimoniales, delante de la inminencia o probabilidad de una enfermedad que pueda causar la pérdida progresiva de facultades cognitivas y volitivas, para decidir lo que quiere sobre su futuro. La persona puede con conciencia elegir las directrices que desea para su vida, incluso como quiere ser tratada durante la enfermedad.

Sobre la importancia del principio de la autonomía de la voluntad exteriorizado por la reglamentación de la auto/tutela el Dr. Domingo BELLO JANEIRO, expone un interesante caso.

“Al tratar esta figura jurídica resulta ineludible hacer referencia al caso del ciudadano ruso Ivon Cnimzo, quien, afectado de una enfermedad hereditaria degenerativa ligada a la edad (a él se le manifestó, tardíamente, a los 24 años, siendo que solía aparecer sobre los 20 años), decidió el mismo día en que alcanzaba la mayoría de edad autorizar un documento

³⁷⁰VARGAS MUÑOZ, José Pérez. “Las Reformas Del Derecho Español En Materia de Autotutela y de Poderes Preventivos”, en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*. Madrid, Ed. La Ley, 2011, pp. 51 y 52.

privado en el que nombraba tutor a un vecino amigo por si acaso él se volvía loco, como realmente así sucedió finalmente. Ante los tribunales rusos surgió entonces el problema de si una persona mayor de edad podía nombrar o no para el futuro a su propio tutor, cuestión esta que nunca antes había sido planteada hasta entonces. La decisión judicial soviética reconoció definitivamente la legalidad del documento suscrito por Ivon, tanto en su vertiente personal como, también, incluso, en la perspectiva patrimonial. Este caso fue el que movió a Sánchez Torres a plantearse la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho³⁷¹.

De acuerdo con nuestro punto de vista, la institución de la auto/tutela es un dispositivo legal, que debe ser jurídicamente respetado y socialmente legitimado. Ésta institución ha cambiado considerablemente la concepción social y jurídica de la incapacitación. Ante un pronóstico eficiente y confiable que advierta de su estado físico/mental susceptible de incapacitación según el marco normativo que hemos visto, cualquier persona puede disponer de sus bienes y planificar su horizonte de vida o bien su vida privada o ambas, como a bien lo tenga, estableciendo incluso pautas de sus expectativas de trato a recibir durante tal enfermedad. O lo que es igual: está en condiciones de hacer respetar su voluntad y la privacidad de sus actos.

Para ilustrar lo que decimos vamos citar el Auto del juzgado de 1ª Instancia de Salamanca, de 25-05-2010 sentencia núm. 215/2010, proceso núm. 0000464/2010 que retrata un testamento abierto, en el amparo del artículo 237, hecho por el padre en el cual designa a dos de sus hijos como tutores solidarios de una hija suya incapacitada. Además del testamento también hizo una escritura pública notarial en la cual decidía por la revocación de su nombramiento como tutor y el nombramiento de tales hijos como tutores. Siendo que, señala el Auto “...en previsión de que pueda verse el compareciente afectado en el futuro por alguna falta de capacidad y, en general, para mayor garantía de cuidado de su hija, desea efectuar nombramiento de tutor los hijos”. Con el fallecimiento del padre los hermanos solicitaran la remoción de la tutela y con base en lo que fuera pedido por el padre en la escritura pública sus designaciones como

³⁷¹ JANEIRO BELLO, Domingo. “Una Mirada Crítica sobre la Regulación de la Auto/tutela”, en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*.op.cit. p. 363.

tutores de la hermana, lo que fuera diferido por la juez en el auto según consta y que transcribimos:

“En fecha 20/04/2010, comparecieron los hermanos y futuros tutores manifestando que había fallecido su padre y que este había les designado tutores de su hermana incapaz, en escritura de nombramiento de tutor otorgado por el notario. Fundamentos de Derecho: Primero - El artículo 222 del Código Civil señala que están sujetos a tutela los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido y el artículo 223 permite a los padres que en testamento designen tutor a sus hijos incapacitados. Segundo - ha quedado acreditado en el expediente que los solicitantes son personas idóneas para el cargo y conforme al art. 224 del C.C deber respetarse a la disposición testamentaria en tanto que no perjudica al incapacitado, desempeñando los designados conjuntamente conforme al art. 236.4 del C.C”³⁷².

En criterio nuestro no podía ser otra la decisión. El juzgador ha respetado la voluntad del padre y aplicado la ley 41/2003, ratificando el documento en el que el declarante expresa su deseo para el futuro de la hija para cuando ocurriera su fallecimiento.

La ley determina la modificación del artículo 239 del Código Civil dando preferencia para el nombramiento del tutor, así establece:

- 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.
- 2º Al cónyuge que conviva con el tutelado.
- 3º A los padres.
- 4º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.
- 5º Al descendiente, ascendiente o hermano de designe el juez.

Efectivamente las decisiones judiciales buscan mantener tal orden jerárquica, sin embargo eventualmente a criterio del juez y conforme el beneficio del incapaz este puede ser cambiado.

³⁷² Auto núm. 215/2010 en 25- 05 - 2010. Tutela 0000464/2010. Juzgado de 1ª Instancia núm. 008 de Salamanca.

Sobre el 1º del supra citado artículo y como ejemplo al respecto al principio de la autonomía de la voluntad y derecho de ser dueño de sí mismo, conviene citar la decisión de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 15-03-2010 sentencia núm. 235/2011, proceso núm. 0001309/2010 a la que aludimos en seguida. En el por el Ministerio Fiscal instó la incapacitación de un varón de 92 años, bajo la alegación de que padece la enfermedad de trastornos psíquicos. El presunto incapaz tiene tres hijos; en la solicitud el Ministerio Fiscal sugiere el nombre de la hija como tutora y defensora judicial lo que fuera acatado por la juez. Los demás hijos están de acuerdo con el nombramiento de la hermana y con la incapacitación del padre. No obstante el presunto incapaz no acepta la incapacitación, pues entiende que se trata de una maniobra de los hijos que desean que él ingrese en una residencia, a lo que se opone radicalmente, sospechando que actúan por motivos económicos. El fiscal descarta totalmente la posibilidad de que la hija sea su tutora, curadora o defensora judicial. Al final constituye un abogado para contestar la demanda.

El informe del facultativo en la exploración psíquica expone que el presunto incapaz se encuentra *“Consciente, orientado, lenguaje verborreico y con numerosas digresiones. La memoria de fijación está algo descendida. La capacidad de juicio y raciocinio se encuentra conservada. Eutímico y con deseo claro de seguir manteniendo su independencia. Es capaz de controlar de forma aproximada el dinero que lleva en la cartera y de realizar el cálculo mental elemental. Manifiesta que dada su situación de aislamiento social en que le mantiene su estado físico, es influenciable por las escasas personas con las que mantiene contacto, por lo que las decisiones relativas a actos inhabituales como testar, realizar negocios o transacciones financieras importantes o contraer matrimonio. Por fin considera que el presunto incapaz presenta un diagnóstico compatible con Deterioro cognitivo leve”*.

En la contestación el presunto incapaz representado por una Procuradora de los Tribunales expone que no sufre de ninguno trastorno psíquico, ni está afecto de patología alguna; antes bien, es una persona que está consciente de sus actos, en plena facultades intelectivas y volitivas y aunque cuenta con 95 años no presenta ninguna patología psíquica. Solamente por ser una persona de avanzada edad presenta problemas de movilidad porque ha sido operado de la cadera, en consecuencia se desplaza en una silla de ruedas. Y afirma textualmente:

“Aún, cuando, en efecto el Ministerio Fiscal insta la acción de incapacitación, no es menos cierto que detrás de este procedimiento está la hija de nuestro representado, que ya lo intentó en el año de 2007/2008 y ahora vuelve de nuevo con su pretensión de incapacitar a su padre, para internarlo en una residencia y administrar su patrimonio en contra de su voluntad.(...)En relación al posible nombramiento de la hija como defensora judicial mostramos nuestra total oposición, así como con la pretensión de que pudiera ser nombrada tutora, ni curadora, dado el conflicto de intereses entre padre e hija³⁷³.

La juez lo declara parcialmente incapaz y nombra como curador a la Junta de Castilla y León.

En nuestro humilde juicio, pensamos que la autoridad judicial actuó acertadamente basado en el artículo 223 y 234 de la ley 41/2003, respetando la voluntad del incapaz. Particularmente en este caso, creemos que podría haber sido hecho mediante escritura pública un documento de auto/tutela, lo que ciertamente hubiera evitado toda la consternación del anciano al tener que apersonarse en el juzgado para probar su lucidez y para exponer su voluntad respecto del trato y administración de sus bienes y de su persona. Para nosotros la libertad de escoger es un derecho fundamental que nadie puede se oponer, sin justo motivo.

Con el mismo espíritu el Dr. Fernando SANTOS URBANEJA señala que: *“Existe una razón más sutil en la que este Estado invasor que se retira creo que no había reparado y es que, como señalaba Stuart Mill en su célebre ensayo Sobre la Libertad,*

“Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses. (...) El hombre o la mujer más común tienen al respecto medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquellos que pueda poseer cualquier otro, (...) y añade, Todos los errores que el individuo pueda cometer en contra del

³⁷³ Juzgado de 1ª Instancia nº 008 de Salamanca. Sentencia núm. 235/2011. Proceso de Incapacitación 0001309/2010-6.

consejo y la advertencia, están contrarrestados de lejos por el mal de permitir a otros que le obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien³⁷⁴”.

En el orden de las consideraciones anteriores y en ese mismo sentido vamos citar una sentencia de un recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Navarra de 14 de junio de 2005. Versa sobre la decisión de primer grado que nombra a dos hermanos de la incapaz como curadores, contra su voluntad. La cuestión se plantea si una persona que tiene una incapacitación parcial y que esté bajo régimen de curatela puede instituir la auto/tutela. En efecto, la elección de la incapaz sería tener como curador a su abuelo, con quien reside desde hace mucho tiempo y tiene buena convivencia. Los hermanos viven en ciudades distintas muy lejos de donde la incapaz vive actualmente, lo que iba cambiar substancialmente su rutina.

El Tribunal rechaza los fundamentos de derecho de la sentencia apelada. Argumenta que:

“La autotutela es la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente. Así la regulación de la autotutela es especialmente útil en el caso del diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán la capacidad intelectual, de tal modo que cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, también establecer los órganos de control y fiscalización”.

En sus ponderaciones el Tribunal razona, sobre la necesidad del respeto a la decisión del incapaz, que no es necesario constituirse en un documento público cuando el propio incapaz puede y tiene consciencia para optar y exponer su deseo, lo que fuera hecho efectivamente con ocasión de la audiencia en el juzgado.

“El art. 223.II CC establece como único medio de expresión de la voluntad de autotutela el documento público notarial. Se excluye, pues, el documento privado –que,

³⁷⁴ URBANEJA SANTOS, Fernando. “Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica”, *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima*. Dirección: José Pérez de Vargas Muñoz, coordinación: Montserrat Pereña Vicente, Madrid, Ed. LERKO PRINT, 2006, p.30.

párrafo primero por otra parte, no encajaría con el sistema de publicidad ideado— y, por contraposición al párrafo primero del artículo, el testamento —incluso el notarial—, que se reserva para la delación de la tutela sobre otras personas distintas del propio otorgante. Por lo tanto, sólo cabe el documento notarial inter vivos. Como indica Carlos Francisco, «este tipo de medidas están llamadas precisamente a desplegar sus efectos en vida del sujeto, y no a su fallecimiento, como es propio del negocio testamentario»”.

Por fin, con fundamento en el art. 234 del CC, el Tribunal decide justipreciar la opinión del incapaz y conceder la curatela a su abuelo, aunque la auto/tutela no esté debidamente constituida³⁷⁵.

Estamos de acuerdo con el posicionamiento del juzgador, porque aunque no fuera instituida la auto/tutela, el artículo 223 del CC en el párrafo segundo alude a “*Cualquier persona con capacidad de **obrar suficiente**...* (Negritas nuestras)”. Entendemos que la ley se refiere a la capacidad de expresarse conscientemente y si la incapacitación no es total y la sentencia de incapacitación no le haya prohibido esta posibilidad, a mi juicio es posible que una persona sujeta a la curatela pueda constituir la auto/tutela; después de todo si está en condiciones de raciocinio y es dueña del juicio y de las consecuencias de sus actos, lo menos que puede serle permitido es expresar su opinión respecto de quien desea para ejercer el cargo de su curador.

Conforme hemos afirmado anteriormente, además el objetivo del legislador es respetar el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en todos los ordenamientos jurídicos. Por encima de cualquier evento o circunstancia, conceder la libertad para la selección consciente del discapacitado, más exactamente que su voluntad expresada a través del juzgado o de un documento público notarial sea respetada.

Conviene citar un interesante recurso de apelación que fuera interpuesto por el Ministerio Fiscal y por los hijos contra la decisión de primera instancia del juzgado A Coruña en fecha 20-10-2006 en la que retrata un caso en que fuera firmada a través de

³⁷⁵ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia núm. 108/2005 de 14 junio.

escritura pública -en fecha de septiembre de 2003- una declaración de auto/tutela, por supuesto anterior a la vigencia de la ley 41/2003. El declarante en su plena capacidad natural expone en la escritura como quiere que en el futuro sean administrados sus bienes y su persona y nombra a las personas que desea para ejercer la tutela de su patrimonio y su tutela personal, en la previsión de que no pueda autogobernarse. La polémica se plantea en relación a que la declaración fue otorgada antes de la entrada en vigor de la legislación habilitante. Además, hay fuertes disputas familiares entre los hijos del declarante y su compañera que fuera designada en la escritura como tutora personal del apelado lo que no había sido bien recibido por los primeros. No aceptan su designación y quieren dejar sin efecto tal escritura, tampoco la gestión del patrimonio por parte del tutor que fuera elegido por el otorgante, ni que este sea una persona distinta de la familia. La intención del otorgante era poner una persona como tutor que pueda desempeñar el cargo de una manera imparcial.

Alega el Ministerio Fiscal y los hijos como apelantes que la escritura de auto/tutela otorgada en 23/9/2003 ha violado lo dispuesto en los arts. 234 y 244 del CC y su disposición transitoria 9ª, pues se dio validez a la designación de tutor de los bienes cuando esta posibilidad sólo se ha visto reconocida legalmente por el posterior art. 9 de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, que reformó los arts. 223 y 234 CC, cuyos requisitos no cumple (documento público que habrá de ser comunicado de oficio por el Notario para su inscripción en el Registro Civil). El Ministerio público alega también el incumplimiento de las disposiciones transitorias del Código Civil en lo que concierne a que las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo.

Por su parte, el Tribunal fundamenta que:

“...no es preciso proceder por esa vía del art. 234 pues, al igual que la juzgadora de instancia, consideran aplicable la Disp. Transitoria 1ª, y por tanto la validez de la designación efectuada por el otorgante en la escritura pública mencionada, en tanto que el hecho determinante del nacimiento del derecho no fue aquella designación, sino que lo ha sido la declaración de incapacidad, pues es a partir de ésta y de la conclusión de que el otorgante debe ser sometido a tutela, cuando ha de entrar en juego bien la designación hecha por él mismo, o en su caso la designación por el orden

prevenido en el art. 234, y ello ha sucedido ya con la vigencia de la nueva regulación. Hasta el momento de la declaración de incapacidad, ninguna virtualidad ni eficacia podría tener aquella designación, pues si no se llegase a declarar la incapacidad, no se habría producido la condición precisa para que pudiera tener eficacia. El significado de esta D.T. 1ª es que, cuando la nueva Ley reconoce ex novo un determinado derecho, a ese reconocimiento se le dota de efectos retroactivos para los casos en que se hubiera verificado el hecho-fuente del derecho bajo la vigencia de una normativa que no tenía previsto tal efecto, siempre que no suponga perjudicar ningún derecho adquirido del mismo origen, lo que aquí no sucede pues no se ha afectado ningún derecho anterior preexistente -a lo sumo la expectativa que se concedía en el art. 234 al cónyuge e hijos de que pudieran ser designados como tutores, en caso de considerarse que el incapaz debía ser sometido a tutela y no a curatela, y que su interés o beneficio así lo aconsejase, pero ello no es un derecho-. Podemos citar también en apoyo de esta tesis la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 12 mayo 1894, según la cual, en relación con la duda que podrían plantear las tutelas testamentarias ordenadas en testamentos anteriores al CC., "aun cuando sean de fecha anterior los testamentos de que emanen las tutelas testamentarias, deben constituirse éstas con arreglo a dicho Código después de estar vigente éste".

Con respecto a la alegación de la falta de comunicación de la auto/tutela al Registro Civil, el Tribunal atribuye esta obligación al notario autorizante, y expone que este no lo ha hecho nada porque la previsión legal cuando el otorgamiento de la escritura aun no existía. Dicha comunicación no puede considerarse que sea un requisito constitutivo de la designación afectada, pues opera a modo de precaución o cautela, para que se pueda conocer si hubo alguna previsión; y si la hay si es única y si es la última. Y en este caso fuera la única previsión de auto/tutela.

Con relación a la separación entre un tutor patrimonial y otro personal, el Tribunal explica que no concuerda con la petición de los hijos que se les otorgue la tutela personal del padre, puesto que las relaciones que mantiene con los hijos no son buenas, se sujeta a contactos esporádicos principalmente por relaciones profesionales.

Decide el tribunal en consecuencia que la tutela personal debe efectivamente quedarse con la compañera. De igual forma se debe respetar la opinión del otorgante con relación a la persona que ejercerá la tutela patrimonial, no obstante la designación no recaer dentro de la órbita de influencia de la familia. Y con relación a falta de idoneidad y de conocimiento de la realidad de la empresa alegada por los hijos, el Tribunal se posiciona de la siguiente manera:

En cuanto a las dos primeras críticas, hay que advertir que el otorgante, cuando hizo tal designación, era consciente del conocimiento que tenía el electo de su patrimonio, y de que éste era el asesor jurídico de la empresa, y a pesar de ello primó su elección frente a sus hijos, de los que llevaba separado bastante tiempo, y frente a su compañera, a quien no designó ni siquiera como tutora personal. Es decir, que la elección que hizo el incapaz en previsión de la situación que podía tener lugar ante la evolución de su enfermedad, fue clara en el sentido de hacerlo a favor de una tercera persona que conocía por su relación profesional, y en quien confiaba más. O al menos, prefirió designar a un tercero para que pudiera mediar entre sus hijos y su compañera y evitar más problemas y discusiones, como los que ya se han planteado.

En el fallo el Tribunal decide:

- Respetar la auto/tutela que se decide por la designación de la compañera como tutora personal y del asesor jurídico de la empresa relacionada como tutor patrimonial;
- Se rechaza la previsión de que en defecto del Tutor indicado por el otorgante, los hijos puedan ejercer automáticamente la tutela del padre;
- Se establece el régimen de visita y comunicación del padre con sus hijos durante dos horas en un día de la semana y otro en el fin de semana, preferentemente en el domicilio del padre³⁷⁶.

De la decisión del Tribunal compartimos en primer lugar que, evocando el principio de la autonomía de la voluntad, enaltezca la libertad que poseen los individuos

³⁷⁶ Audiencia Provincial de La Coruña. Sentencia núm. 407/2007 de 14 de noviembre AC 2008/278.

para establecerse las relaciones jurídicas de conformidad con su voluntad, en fin y al cabo ser dueño de sí mismo. También el padre posee los requisitos básicos para validar un negocio jurídico, posee la capacidad de actuar y de manifestar conscientemente su voluntad. En el acto del otorgamiento deja constancia de su voluntad para su vida futura ante eventos que le lleven a un estado de incapacidad personal; libre ejercicio de la voluntad fundado en el derecho y en la ley. De esta forma, solo restaba al Tribunal respetar la voluntad del otorgante como efectivamente lo hizo.

Con relación a la alegación de que la norma, ley 41/2003, aun no estaba vigente, como sabemos el derecho privado está compuesto por normas de carácter dispositivas lo que permite ciertas liberalidades. Efectivamente, el respeto a la voluntad de uno mismo queda garantizado desde el momento en que no viole las normas públicas imperativas. En el caso que hemos visto no hubo ninguna violación legal, tampoco perjuicio de ninguna orden, por el simple hecho de que la persona designara a quienes le parecían más aptas e idóneas para que ejercieran la administración de sus bienes y de su persona. Pensamos que es una facultad inalienable inmanente a la condición humana el derecho de escoger lo que en nuestro juicio y actos pensamos es lo mejor para uno mismo.

Sobre el tema discurre la Dra. Eva María MARTÍNEZ:

¿Cómo se articula la auto/tutela?

La profesora menciona que el párrafo segundo del art. 223 CC, establece que cualquier persona, en previsión de una futura incapacitación, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor. De esta forma se deja en las manos del notario la función de valorar la capacidad de la persona, de forma que deberá excluir a aquellas personas que no puedan comprender el alcance de la auto/tutela. Para la Dra. Eva MARTÍNEZ se garantiza a través de mecanismo que el juez que está conociendo de la constitución de la tutela pueda advertir la eventual existencia de este tipo de disposiciones. ¿Cómo? Estableciendo que de dicho documento se haga indicación en la inscripción del nacimiento del interesado, de forma que en todo procedimiento de incapacitación el juez

va a recabar una certificación del Registro Civil a los efectos de comprobar si el presunto incapaz ha realizado alguna disposición en este sentido³⁷⁷.

Ratifico el entendimiento de la profesora pienso que lo que podría elucidar varias dudas judiciales es la atenta observación del juicio de primera instancia en los procedimientos de incapacitación si hay registro de auto/tutela en la inscripción de nacimiento.

El Dr. José Pérez de VARGAS MUÑOZ resume así las características de la auto/tutela, al exponer que, *“Es un acto inter vivos, es unilateral, es revocable porque la voluntad del interesado puede cambiar, es un negocio jurídico de carácter solemne porque exige que la declaración de auto/tutela se recoja en documento público, es personalísimo y tiene carácter no recepticio”*³⁷⁸.

Para ilustrar recurrimos a un caso del juzgado de primera Instancia de Salamanca de 09-07-2010 en el que el padre a través de escritura pública nombra en mayo de 1998 ante el notariado de Valladolid tutor de sus dos hijas a su padre y en su defecto a su cuñada. En el año de 2008 falleció el padre y la madre acude al juzgado núm. 8 de Salamanca para solicitar sea nombrado un defensor judicial para la aprobación de la partición de la herencia. El Ministerio Fiscal solicita esclarecimiento a la madre de las razones a partir de las cuales las personas designadas como tutoras no puedan también ocupar el cargo de defensor judicial, o sea cuales son los motivos por los que considera que son las menos idóneas para desempeñar el cargo de defensor judicial. La madre aludida contesta que el padre del fallecido cuenta con 84 años y que su hermana trabaja fuera de Salamanca. Posterior a las explicaciones de la madre el Ministerio Fiscal así lo conviene y el juez decide nombrar defensor judicial a la persona indicada por la madre³⁷⁹.

Es loable, en nuestro criterio, que en lo que se adentra en la fiscalización de la aplicación de la ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se consagre la función tuitiva del Ministerio Fiscal, específicamente establecido en los artículos 3.2; 5.3; 6 y 7.

³⁷⁷ MARTÍNEZ GALLEGU, Eva María. (2004): *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela en Protección jurídica de los mayores*, Madrid, Ed. La ley, p. 163.

³⁷⁸ VARGAS MUÑOZ, José Pérez. op. cit., pp. 69 a 72.

³⁷⁹ Auto nº 289/2010. Juzgado de 1ª Instancia nº 008- Salamanca, 09 -07 -2010.

En este caso fue plausible el cuidado del Ministerio Fiscal en averiguar las razones que llevan a la familia a indicar el nombre de una persona distinta a la señalada por el padre para el cargo de Tutor, también el acto de los testigos que declaren referencias sobre el presunto defensor y que testifiquen se trata de una persona idónea y que tiene capacidad de desempeñar honestamente el cargo. Es una cautela imprescindible en el marco de un procedimiento que tiene por objeto la garantía de protección de los incapacitados. A propósito de las actuaciones del Ministerio Fiscal conforme lo establecido en el art. 232 del Código Civil que expresa que la tutela se ejercerá bajo la vigilancia de este órgano, el Dr. José María SEGURA ZURBANO acertadamente establece que

“En el ámbito patrimonial, el auto-tutelado podrá “establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”. Tal disposición plantea, como decía Martínez Sanchiz para la tutela de los hijos, el problema de mayor interés práctico, que “estriba en saber en qué medida podrán limitar la intervención judicial”. Porque el art. 232 del mismo Código dice que “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal”. Por ejemplo: ¿podrá el auto-tutelado otorgar facultades al tutor para que pueda vender bienes, incluso inmuebles, si lo cree conveniente (como es el caso de que se debe trasladar al incapaz a una residencia y sea preciso vender su vivienda para pagar los gastos) sin necesidad de la autorización judicial que exige el art. 271,2º?

La contestación afirmativa lleva a decir a GARCÍA CANTERO que el mandato del art. 232 *“no es rigurosamente imperativo”*³⁸⁰.

En nuestra humilde opinión todo lo que necesita la autorización judicial para legitimar los actos del Tutor necesitará también el otorgado, el mandato no es rigurosamente imperativo, pero está suministrado a la fiscalización del poder judicial.

³⁸⁰ SEGURA ZURBANO, José María (2006) : “La Auto-Incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacitación”, en: *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima*, op. cit., p. 78.

Pasaremos ahora a explicar y formular algunas consideraciones sobre el derecho de habitación establecido en esta ley a través de donación o legado.

4.3. El Derecho de vivienda y el contrato de alimentos.

4.3.1. El Derecho a la vivienda.

El artículo 10.5 de la ley 41/2003 determina:

“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario, persona con discapacidad no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieron conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible. Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

Entendemos que esta ley tiene una sola finalidad que es mejorar la protección patrimonial de las personas discapacitadas o garantizar una mejor seguridad, una mayor estabilidad económica.

Está fuera de dudas que la intención del legislador es asegurar especialmente a los padres respecto de sus hijos que sufran alguna discapacidad, en el sentido de que no le falte un techo bajo el que vivir dignamente y conceder a esos hijos un derecho a la habitación determinado por la ley.

Para la Dra. Vanessa GARCÍA HERRERA:

“Hasta el año de 2003 el legislador español se había preocupado únicamente de facilitar la movilidad de estas personas mediante la progresiva eliminación de barreras arquitectónicas, así como de garantizar el acondicionamiento de las viviendas a sus particulares necesidades, pero no de asegurarles el acceso y el uso de las mismas, a cuyo propósito responde la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, Ley que fuera aprobada en un año de especial sensibilidad social respecto del fenómeno de la discapacidad y en la que se incorporan “distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”³⁸¹.

Para nosotros, no resta duda que el derecho de habitación establecido en esta ley es una concesión totalmente diferente del régimen ordinario del código civil, porque esta ley exalta muy claramente tal distinción: La donación o legado de un **derecho de habitación** sobre la vivienda. Y secuenciando: **el derecho** será intrasmisible es decir es únicamente el derecho de permitir que continúe en la vivienda, sin más.

Los prerequisites establecidos por la ley son: ser el beneficiario discapacitado conforme al grado de minusvalía establecido en la ley. A nuestro juicio no hay obstáculo ni impedimento si se es incapacitado y la efectiva convivencia en el momento del fallecimiento del constituyente. La concesión de este derecho se sujeta a una medida de amparo. Se sustrae a la ayuda que un familiar concede a otro debido a su enfermedad, sin que se quiera con ello aumentar el patrimonio de aquel. Por otra parte, es importante resaltar que la donación o legado a la vivienda se corresponde con un derecho de habitación y no significa un legado o una donación del bien. El art. 525 del

³⁸¹ GARCÍA HERRERA, Vanessa. (2011): “Discapacidad y derecho a una vivienda digna y adecuada. La protección del derecho a la vivienda en el ámbito sucesorio”, en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, op.cit. p. 614.

CC establece que *“Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título”*.

Sobre esta cuestión explica detalladamente la Dra. Silvia DÍAZ ALABART que:

“Aunque para un sector mayoritario de la doctrina la intransmisibilidad que establece el art. 525 CC para los derechos de uso y habitación no es de carácter imperativo, y por ello se puede establecer la transmisibilidad en el título constitutivo, el art. 822 CC, párrafo tercero, deja bien claro que el derecho al que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible, lo que encaja perfectamente en su régimen excepcional, justificado únicamente por la discapacidad del habitacionista, que solamente a éste puede beneficiar. Si el constituyente, pese a lo dispuesto en el art. 822 CC, estableciera el derecho como transmisible, la consecuencia será que el derecho de habitación constituido se regirá por el sistema ordinario; esto es, se computará su valor para el cálculo de las legítimas”³⁸².

Nuestra opinión coincide con de la autora porque el único y efectivo objetivo del legislador es evitar que tal bien adentre en la legítima lo que indubitadamente sería compartido con los demás herederos y muy probablemente el discapacitado si quedaría desamparado.

Como se puede constatar en la sentencia de Burgos el 06 de octubre de 2005 que pasamos a exponer. La apelación se refiere a una parte de la sentencia, los apelantes hermanos del apelado alegan que hubo violación a los artículos 2 y 3 de Código Civil y piden que la sentencia de primer grado de fecha de 3 de mayo de 2005 sea parcialmente modificada con relación a la división de la cosa común y la evaluación de la finca. La sentencia no menciona si hubo otorgamiento de escritura pública por donación o legado al derecho de habitación del discapacitado. El discapacitado posee un grado de minusvalía en 66%, vivía con su madre en la vivienda hasta el fallecimiento de la misma y sobrevive con pocos recursos. La sentencia de primer grado resuelve que

³⁸² DÍAZ ALABART, Silvia. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*, p. 91.

“Dada la indivisibilidad de la referida finca urbana y la falta de convenio sobre su adjudicación, procesase a su venta en pública subasta teniendo en cuenta en su avaluo el derecho de habitación que pesa sobre ella procediéndose el reparto del precio entre los condominios en orden a su participación”.

Es interesante la argumentación del Tribunal:

“Ante todo, conviene precisar, que el derecho de habitación a favor del demandado se constituye por ministerio de la Ley, no por voluntad de las partes, concurriendo los requisitos legales - art.822 CC, conforme a la Ley 41/2003 de 18 noviembre. Por consiguiente, se trata de un derecho que nace con esta ley y cuyo supuesto de hecho existe en el momento de su entrada en vigor, de modo que no podía ser alegado ni reconocido con anterioridad a esta ley, de fecha posterior a las operaciones divisorias de la herencia. Por tanto, la expresión de conformidad a determinadas operaciones particionales, que respecto a la vivienda familiar no fue absoluta, como se pone de manifiesto en el recurso de apelación contra la Sentencia de 9 de abril de 2003, o la no expresión de algún derecho preferente por discapacidad o minusvalía, no perjudica el derecho que nace después por ministerio de la Ley, ope legis, y cuyas consecuencias jurídicas se producen de la misma manera. Se trata de un derecho sobrevenido a las operaciones particionales, que al no poder ser tenido en cuenta, no es posible inferir una voluntad contraria o desconocedora del mismo, ya que, obviamente, no podía disponerse de un derecho inexistente. En definitiva, el demandado comparecido es titular de un derecho de habitación en la vivienda litigiosa, nacido por ministerio de la ley, sobrevenido a las operaciones particionales, que no puede desconocerse ni sus efectos jurídicos inherentes, que la sentencia de instancia ha tenido en cuenta debidamente”.

Decide el Tribunal con base en lo expuesto desestimar el recurso de apelación, porque:

“Este derecho de habitación no afecta a las adjudicaciones de los herederos de los bienes que los integran ni a la cuota proindiviso

correspondiente, sino a la acción de división de cosa común ejercitada cuando aquel derecho ya existe ope legis, de modo que no hay retroactividad alguna de la norma legal que atribuye el derecho de habitación, que actúa sobre la acción ahora ejercitada. Por último, como dispone la sentencia de 9 de abril de 2003, sobre división judicial de herencia, del Juzgado de Instancia, tal resolución no tiene eficacia de cosa juzgada, en el sentido de que no impide a persona interesada el hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados, y con mayor razón cuando se trata de un derecho atribuido por ministerio de la ley, que despliega su eficacia desde que es así reconocido, sin que tal cosa implique la infracción del art. 2-3 C.Civil”³⁸³.

La decisión del tribunal es polémica. Aunque el espíritu de la ley es la protección del discapacitado y que este necesite del amparo para disfrutar de una vivienda, estimo que el artículo 822 del CC la condiciona al establecimiento de una escritura pública de donación o legado. A nuestro juicio debe ser un acto *inter vivos* y en que este caso en particular no se hace mención a ninguna escritura en favor del hijo discapacitado, así que el mismo siendo “*ope legis*” es prerequisite que esté debidamente definida la situación o status del bien o de los bienes cuando ocurra el fallecimiento del otorgante. El problema que se plantea en esta sentencia es que la pluralidad de herederos y el derecho de habitación no se computan en la legítima del discapacitado. Así, se reduce la legítima de los demás herederos forzosos, lo que efectivamente contraviene el interés de estos últimos. Ocurre que el caso contrario disminuye la legítima del propio discapacitado, pero este es efectivamente el beneficiado por el acto, esto es, realiza la naturaleza de la figura.

Con relación a los beneficiarios del derecho a la habitación, define el Dr. Rafael Leña Fernández: “*Respecto a la atribución legal se trata de un derecho que la ley concede al legitimario discapacitado siempre que se den los requisitos siguientes:*

1º- Que el beneficiario lo necesite;

³⁸³ Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 414/2005 de 6 octubre.

2º- *Que el beneficiario estuviera conviviendo con el causante (hay que entender que la convivencia se refiere al tiempo del fallecimiento como en la atribución voluntaria);*
 3º- *Que, si hay testamento, el testador no hubiera dispuesto otra cosa (por ejemplo, una disposición incompatible) o hubiera excluido expresamente la atribución de que se trata, y ello teniendo en cuenta que esta atribución legal tiene lugar tanto se hay testamento (a semejanza de la legítima) como si no lo hubiera (sucesión intestada)*³⁸⁴.

Para nosotros los prerequisites son que el beneficiario sea discapacitado y que su minusvalía posea el grado estipulado por la ley 41/2003.

Sobre la aplicación del derecho de habitación vamos citar una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia el 9 de octubre de 2007 por su indudable interés. El apelante solicita la revocación de la sentencia de primera instancia, en consecuencia de la aplicación del artículo 822 del CC, que declaró disuelta la comunidad indivisible sobre la finca litigiosa y ordenó la procedencia de la venta en pública subasta, previa su valoración, con reparto del producto entre los litigantes. La apelante requiere los beneficios del derecho a la habitación establecido en la ley 41/2003, porque uno de los hijos es discapacitado aunque en la actualidad esté internado en un hospital psiquiátrico de Alicante cumpliendo medida de seguridad. El padre de los recurrentes falleció antes de entrar en vigor la ley 41/2003, dejando como herederos a sus dos hijos y la madre que como estaba separada ya hace mucho tiempo tiene derecho a los bienes gananciales.

El Tribunal esclarece que el derecho de habitación del incapaz solamente fuera instituido en 2003 y que no debe nacer en cualquier delación hereditaria anterior a la vigencia de la ley. Explica que:

“Se trata, por tanto, de un derecho real de habitación que, por disposición legal, se otorga al disminuido psíquico, salvo expreso desconocimiento del testador, que tiene su origen "mortis causa", esto es que nace con el fallecimiento del causante, como señala el C. Civil; pero el mencionado precepto no puede operar, con efecto retroactivo, respecto de aquellas sucesiones en las que no se reconocía el mencionado derecho, ya que como,

³⁸⁴ LEÑA FERNÁNDEZ, RAFAEL. “Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003”, en *Discapacitado, Patrimonio separado y Legítima*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 221.

claramente y de forma concisa, indica el art. 657 del C. Civil, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. No puede entenderse, como pretende el recurrente, que el derecho real de habitación del discapacitado, nace cuando se intenta la división de la cosa común, con independencia de cual fuese la fecha del fallecimiento del finado, puesto que, como hemos indicado anteriormente, es un derecho real que, por Ministerio de la Ley, nace en el momento del fallecimiento del testador y no puede producirse en ningún momento posterior al nacimiento de los derechos hereditarios”³⁸⁵.

Es cierto que el derecho a una morada digna es una necesidad social, no obstante es obvio que la decisión del Tribunal ha sido acertada con relación a la venta del bien perteneciente a herederos, ya que la ley 41/ 2003 no podría ser aplicada porque no estaba vigente cuando ocurre el fallecimiento del padre. Sin embargo, podría el padre haber gravado el bien en usufructo o a través de un legado, pero no hizo. Ocurre que la finca es el único bien dejado por el padre y estando el discapacitado cumpliendo medida de seguridad, por lo que, en este caso ¿está configurada la efectiva necesidad de habitación establecida en la ley? ¿Y si el discapacitado careciera de las condiciones para habitar o de mantener el inmueble? No obstante, para la venta del inmueble es necesaria la debida autorización judicial, que es el mecanismo de protección y de fiscalización que garantizará el derecho a la percepción del justo pago, supuesto que es la garantía de que el dinero de la venta será destinado en beneficio del incapaz.

Para ilustrar lo que decimos recurrimos a las palestras de la Dra. Silvia DÍAZ ALABART:

“Está claro que quien tiene un derecho que se extingue con su fallecimiento, no lo puede donar íntegro, ni tampoco constituir un derecho nuevo basado en el suyo, que permita al discapacitado seguir disfrutándola a su muerte como vivienda habitual. Ahora bien, nada impide que legue ese derecho de habitación, por la misma razón que se puede legar una cosa ajena (arts. 861 y 862 CC), y entiendo que dándose todos los requisitos del

³⁸⁵ Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª). Sentencia núm. 214/2007 de 9 octubre.

art.822 CC las ventajas que ofrece el precepto al legitimario discapacitado también se darían, aunque me parece que tal posibilidad no estaba en la mente del legislador al redactar el repetido art. 822 CC. Es decir, que el heredero se verá obligado a adquirir el derecho; si puede hacerlo, ese legado tendrá el tratamiento del art. 822 CC, no se computará en las legítimas. Ahora bien, si no es posible la adquisición de la cosa ajena, el heredero cumplirá con la disposición del causante entregando al legatario la justa estimación (art. 861), y surge la duda de si esa justa estimación tampoco se computará en las legítimas o si seguirá el régimen general, puesto que ya no supone proporcionar al discapacitado el uso de la casa en la que venía habitando, sino una cantidad de dinero”³⁸⁶.

Así, el derecho de morada es uno de los más trascendentales en los ordenamientos jurídicos que conocemos. El respeto al abrigo a la vivienda como un espacio que protege y ampara a los seres de la hostilidad de la calle, desde hace mucho tiempo ha sido instrumento de reglamentaciones legales. La ley 41/2003 ratifica este fundamental derecho, reglamentando la posibilidad de que una persona con la intención de evitar el desabrigo de personas como consecuencia de su enfermedad y vulnerabilidad tienen mayores dificultades de obtener las rentas que posibilite el acceso a una vivienda digna, en consecuencia tienen posibilidades reales y efectivas de se vean desabrigadas.

Pasaremos ahora a analizar el contrato de alimentos conforme lo establecido en la ley 41/2003.

4.3.2. Contrato de Alimentos

El artículo 12 de la ley 41/2003 modifica el Código Civil en materia de contrato de alimentos.

La formalización del contrato de alimentos se efectúa a través de una escritura de cesión de nuda propiedad delante del notario en el que las partes se obligan a

³⁸⁶ DÍAZ ALABART, Silvia. op., cit. p. 99.

transmitir un bien o un valor en procura del asistimiento en vida del alimentista. Por esta causa es una obligación onerosa en que se expresa detalladamente el valor del bien. Debe estar libre y desembarazado incluso de cualquier arrendamiento, en el caso de que corresponda con un inmueble. El alimentando se obliga “*en el más amplio sentido*”, al sustento, la habitación, el vestido, especialmente el trato personal y afectivo, asistencia médica, en el fin todo lo que comporta la colaboración extensa a la persona alimentista especialmente en caso de enfermedades incapacitantes - degenerativas. De esta forma, las obligaciones jurídicas y éticas, pueden ser desempeñadas por varias personas, de forma que si una persona falta, la otra cumplirá la obligación. También puede ser asumida por una persona jurídica. En la escritura mediante la que se formalice se establece el lugar del cumplimiento de la obligación, es decir donde deben ser prestados los alimentos, incluso, puede ser en la propia casa del alimentante.

Con relación a la onerosidad de este contrato exterioriza la Dra. Teresa ECHEVARRÍA DE RADA:

“Cuestión distinta es que el contrato se pueda configurar de forma que junto a la obligación de cuidar y asistir al cedente hasta su fallecimiento, se pacte la de sufragar los importes de sus gastos, sólo si éste careciere de medios económicos para hacerlo por sí mismo. En tales casos, como declara la SAP de Badajoz de 29 de enero de 2004, no puede sostenerse la ausencia de un traspaso patrimonial real que suponga la ruptura del equilibrio de las prestaciones y, por tanto, la existencia de una donación, ya que asistencia y cuidados - cuando han sido efectivamente prestados - no carecen de contenido económico; y, en cuanto a la segunda prestación citada, el abono de los gastos del cedente, integra de forma más evidente el elemento de la aleatoriedad propio de estos contratos, al poder llegar o no a significar para el cesionario una carga mayor de la que inicialmente se podía llegar a prever”³⁸⁷.

Este contrato de alimentos establecido en la ley 41/2003 se diferencia de la responsabilidad de alimentos entre parientes y de la renta vitalicia. La responsabilidad

³⁸⁷ ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: “El nuevo Contrato de Alimentos Estudio Crítico de Sus Caracteres”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. op. cit., p. 553.

de alimentos entre parientes está estipulada en la legislación; y la renta vitalicia, en cambio, no estipula el deber de cuidar o de ofrecer la asistencia personal.

El profesor Eugenio LLAMAS POMBO hace una detallada diferencia entre los contratos. Expone el profesor que la fuente de todas reside en la distinta finalidad social, económica y jurídica; mientras que la renta vitalicia puede obedecer a múltiples y variados objetivos, el contrato vitalicio tiene una específica finalidad alimentaria y asistencial. Además, señala, la renta vitalicia constituye una prestación de trato sucesivo, que se va realizando periódicamente. El contrato de alimentos es de trato continuo, de forma permanente. También en el contrato de renta vitalicia el derecho a la pensión es transmisible *inter-vivos* y *mortis causa*. El contrato de alimentos, por el contrario, no lo es³⁸⁸.

Ratificamos el posicionamiento del profesor. Estos contratos de renta vitalicia, de alimentos entre parientes y de alimentos tienen objetos distintos.

Sobre ello el Dr. GOMÁ SALCEDO, con relación a aleatoriedad de este contrato, expone: *“En relación con este carácter, cierta posición doctrinal ha afirmado que la aleatoriedad carece de trascendencia en este contrato, ya que mediante su celebración no se busca ganancia o pérdida, sino dar solución a un problema familiar. Por lo demás, se añade, se supone que siempre va a existir pérdida para los pensionistas*³⁸⁹.

Compartimos de la opinión del autor, pues para nosotros, este contrato resalta la problemática en que pasan los lazos familiares lo que tiene por consecuencia la inseguridad e incertidumbre. En nuestra opinión es desconsolador el facto de que personas mayores y/o enfermas vivan bajo el recelo de ser abandonadas a la propia suerte, cuando tiene familiares tan cercanos, y para que esto no ocurra tengan que se precavieren de un contrato para establecer cláusulas o compromiso con personas que se supone que desempeñarían tales obligaciones morales.

³⁸⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio. *La tipificación del contrato de alimentos*. En Protección Jurídica de los mayores, Madrid, Ed. La Ley, 2004, PP. 202/ 204.

³⁸⁹ GOMÁ Salcedo citado por ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa. “El nuevo Contrato de Alimentos Estudio Crítico de Sus Caracteres”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. op. cit., p. 540.

Conviene citar una interesante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 30 de enero de 2008, que retrata un litigio con relación al contrato de alimentos- el 19 de agosto de 2002, madre y una de sus hijas otorgaron escritura pública de contrato vitalicio de alimentos, en virtud del cual la madre transmite a la hija una casa de su propiedad a cambio de la obligación de la hija de prestarle sustento, habitación y asistencia médica, así como ayudas y cuidados, que podrá prestar personalmente o por persona o entidad a su cargo. Ocurre que en octubre de 2003 la madre deja la residencia de la hija y vuelve a vivir con los otros hijos, en la residencia objeto del contrato, alega que hay incompatibilidad de convivencia, por lo tanto resuelve volver vivir con los demás hijos.

En 13 de noviembre de 2003 mediante requerimiento notarial, la madre notifica a la hija la su decisión de resolver" *la escritura de vitalicio "debido al incumplimiento por parte de la cesionaria de la " obligación contraída en el mismo".*

La hija contesta manifestando que en ningún momento he dejado de atender y cuidar a mi madre y que la madre se fue voluntariamente de la casa de la hija, expresa que tiene la intención de continuar cuidándola para dar cumplimiento a la escritura de vitalicio. En 9 de febrero de 2004 el otro hijo en nombre y representación de su madre, mediante escritura requiere y notifica a la hermana – alimentanda- que la madre desea que la obligación sea satisfecha a través de prestaciones mensuales:

“No deseando de ninguna manera la requirente mantener relación personal alguna con su hija, de tal modo que es imposible la convivencia y dependencia de ella en forma personal, tal y como con carácter principal se preveía en el contrato de vitalicio de 19 de agosto de 2002, la compareciente pone en conocimiento de su citada hija que opta, ante la persistencia de ésta en el cumplimiento y no resolución del contrato manifestado en contestación al acta de 13 de noviembre de 2003, por la prestación de la obligación alimenticia "por persona o entidad a cargo de la hija", tal y como en la escritura de vitalicio está estipulado. Y para sufragar dicha prestación por "persona o entidad a cargo de su hija", deberá ésta abonarle mensualmente cantidad similar al salario mínimo

interprofesional. Todo ello bajo la advertencia de que si incumpliese el contenido de este requerimiento o de los que de él se deriven, se podrá considerar resuelto a todos los efectos el contrato de vitalicio, con las consecuencias que para tal supuesto se prevén en el mismo”.

La madre fallece el 2 de marzo de 2004. Después de su muerte la hermana alimentanda requiere el bien judicialmente. El hermano contesta indicando:

Que la hermana carece de legitimación. Toda vez que se ha formulado la correspondiente demanda judicial de resolución y rescisión del contrato vitalicio de suerte que ha de ser la autoridad judicial la que haya de pronunciarse sobre si tiene la requirente o no, título válido para invocarse propietaria de la vivienda.

La audiencia de primer grado decide favorablemente al hijo en los términos que siguen:

“La juzgadora de primera instancia concede al requerimiento de 13 de noviembre de 2003 el valor de "prueba fundamental" para acceder a la solicitada declaración de resolución del contrato de vitalicio, y ello porque "es la alimentista quien está en mejores condiciones que nadie para valorar si la hija estaban cumpliendo las obligaciones asumidas o no, y la alimentista consideró que no las estaba cumpliendo por lo que acudió al Notario para manifestarlo"; entiende, además, que a doña alimentada "no se le podía imponer" la "obligación de residencia en el domicilio de la hija con la que no quiere mantener relación y la hija tiene otra forma de cumplir sus obligaciones como se pactó ... Decidida de este modo la resolución en virtud de la cláusula pactada expresamente al respecto.

La hermana apeló de la sentencia y alega que la resolución contractual de 13 de noviembre “carecía de validez” porque para resolver de pleno derecho sería necesario que la hija no cumpliera lo pactado durante el plazo de dos días, lo que no consta que hubiese hecho. Con respecto a la cláusula b, del contrato establecía: “Resolver de pleno derecho la transmisión de la finca para lo que expresamente la sujeta a la condición resolutoria de la falta de cumplimiento de parte de la cesionaria de su prestación”. Por

fin, la Audiencia sí concede validez y eficacia resolutoria al entender requerimiento de 9 de febrero de 2004 , y pese a reconocer que "malamente cabría que correspondiere elegir el modo (de prestar alimentos) a la alimentista", concluye que "se exigió a la cesionaria el cumplimiento de sus obligaciones, bajo la advertencia, de no hacerlo, de que podría considerarse resuelto a todos los efectos el contrato de vitalicio ...", y como dicha cesionaria "no estaba facultada para exigir, exclusivamente, la forma de cumplimiento por ella manifestada y no lo hizo en alguna otra, cuando falleció su madre, en que ya había sido requerida previamente para que cumpliera y habrían transcurrido los dos días de plazo fijados para ello, estaba incurso en causa de resolución".

En primera instancia fueron los apelantes obligados al pago de los frutos y rentas por el incumplimiento contractual. La Audiencia Provincial resuelve dejar sin efecto la sentencia con relación a esta obligación y argumenta el Tribunal que no hubo mala fe. La hermana interpone recurso de casación contra la decisión de la Audiencia Provincial, argumentando para ello tres motivos:

1º - Denuncia la infracción del artículo 99 de la LDCG para insistir en el carácter personalísimo del contrato vitalicio y en la falta de legitimación del hermano en requerir la resolución en nombre de la madre, porque la alimentista no lo hizo;

2º - Sostiene que en todo momento cumplió con su deber de prestar alimentos y expone que: *En tal sentido se defiende la existencia de un pacto implícito de convivencia, según sería usual en Galicia, roto unilateralmente por la alimentista, y conforme al cual, y en cualquier caso ex artículo 99.2 LDCG, se desarrolló el vitalicio desde su inicio el 19 de agosto de 2002, y hasta que el 31 de octubre de 2003 la alimentista abandonó la casa de la cesionaria. Resalta la recurrente la inacreditación del incumplimiento de sus obligaciones como cesionaria, la constante convivencia con su madre la alimentista, así como los requerimientos que le efectuó para que la reanudase, y con invocación del artículo 1.256 del Código Civil, recuerda que no puede quedar el cumplimiento del contrato de vitalicio al arbitrio e interpretación unilateral de la parte que se niega a recibir la asistencia.*

3º - Por fin con base en el artículo 477.1 de la LEC establece la competencia del recurso de Casación, basado en la infracción de norma legal.

El Tribunal decide de acuerdo con lo expuesto en las líneas que siguen:

1º - Coincide, en lo esencial, con la tesis de la recurrente. En orden a la primera cuestión o sea la no legitimación del hermano para instar jurisdiccionalmente la declaración de resolución en nombre de su madre, acreditaron que las sentencias mencionadas por el hermano *“no constituyen un precedente que sirva a título de doctrina jurisprudencial para afirmar con la transmisión de la acción de resolución”*.

2º - En esta misma orden y dirección menciona que: en absoluto puede hablarse de incumplimiento, total o parcial, de la prestación alimenticia que no sea imputable a la cedente y alimentista. Es evidente que las partes pudieron acordar el fijar de común acuerdo el lugar y forma de cumplimiento de la prestación alimenticia, e incluso conceder expresamente la elección a su acreedora, la cedente alimentista, mas al no acordarlo es claro que la elección debía de corresponder a la alimentante y de ésta, así pues, no puede predicarse el incumplimiento de la prestación alimenticia por no allanarse a la opción, huérfana de cobertura, de su madre la alimentista de que la misma se efectuase "por persona o entidad a cargo de la alimentista".

3º - *“Sucedee, en definitiva, que la declaración de voluntad de la alimentista por la que notificó el 13 de noviembre de 2003 a su hija la "decisión de resolver el contrato", carecía ciertamente de validez al no haberla requerido previamente, en los términos pactados, al cumplimiento de la prestación, lo que como sabemos ya apuntó la sentencia de la Audiencia; y por lo que se refiere al requerimiento de fecha 9 de febrero de 2004, en el que no se apela -como sí se hacía el 13 de noviembre anterior- al incumplimiento de la prestación por parte de la cesionaria, sino que recoge el deseo de la alimentista de convivir ni mantener relación personal alguna con su hija, a la que no obstante exige que le satisfaga la prestación "por persona o entidad" a su cargo bajo la advertencia de que "si incumpliere el contenido de este requerimiento ... se podrá considerar resuelto a todos los efectos el contrato de vitalicio del 19 de agosto de 2002", tampoco puede tenerse por válido y eficaz por lo que hace a la pretendida*

resolución por incumplimiento. En efecto, la acreedora no le señala un plazo a la deudora para el cumplimiento de la prestación alimenticia pactada.

4º - El Tribunal también cuestiona la posibilidad del cumplimiento de un contrato con las características de este cuando no hay convivencia ni relación personal.

5º - Para finalizar el Tribunal argumenta: *“No renunciemos a constatar que un extremo anudado al anterior y suscitado por el caso que ha centrado nuestra atención podría hacer reflexionar acerca de la necesidad de reservar alguna relevancia en la regulación del contrato de vitalicio a las incompatibilidades personales graves, sin perjuicio de que las partes la contemplen al concertarlo, lo que no deja de ejemplificar el artículo 1792 CC (LEG 1889, 27) respecto al contrato de alimentos creado por la ley 41/2003, de 18 de noviembre.*

Finalmente, decide anular y revocar la sentencia de la Audiencia Provincial de Bentazos de 26 de octubre de 2005.

No compartimos la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Galicia por los subsecuentes motivos:

1. Ante la alegación del Tribunal de que el hijo no tenía legitimación para requerir la resolución yo pienso que el acto es perfectamente válido. La madre no estaba incapacitada, estaba consciente de su voluntad, sabía que no quería vivir con la alimentanda y esta voluntad fuera objetiva desde octubre del año 2003 cuando hubo de regresar a la casa que vivía antes con sus otros hijos.

2. Con respecto a la resolución contractual conviene mencionar lo que apunta Juan Carlos MARTÍNEZ ORTEGA:

“Además, existen causas inherentes a la convivencia pacífica que se sumarían a las objeto de resolución, como son las vejaciones, la falta de respeto, los insultos, malos tratos, etc. En este sentido, puede ser que una persona anciana, que sufriera malos tratos por parte del alimentante, prefiera abandonar voluntariamente el hogar familiar a seguir en esa

situación. La facultad de resolver el contrato depende únicamente del alimentista sin necesidad de ningún otro requisito. La pregunta que podemos plantearnos es: ¿Cómo se pueden valorar las prestaciones percibidas por el alimentista? (...) no será nada fácil traducir a dinero las prestaciones de convivencia, compañía, atenciones personales, sanitarias, de vestido, calzado, de higiene. etc. Deberán aplicarse las fórmulas previstas más equitativas y menos dañosas para los otorgantes”³⁹⁰.

No obstante, después de la solicitud de la resolución por parte de la madre, la hija aun persistía en el cumplimiento del contrato cuando debería haber considerado su conclusión conforme a los artículos 1792 y 1795 del CC modificados por la ley 41/2003 y pagar las prestaciones de alimentos mediante la pensión.

3. A partir de la fecha de 9 de febrero de 2004 la cesionaria dejó constancia del incumplimiento del objeto fundamental de contrato. En efecto fue en esa fecha cuando el hijo representando a la madre solicita la resolución contractual basado en lo establecido por el propio contrato que faculta el derecho de la alimentista de resolver de pleno derecho el contrato por la falta de cumplimiento de parte de la cesionaria de su prestación, y que para esto la cedente requiera notarialmente a la cesionaria para el cumplimiento de su prestación y concediendo el plazo de dos días.

4. El Tribunal argumenta que la hija ha cumplido el contrato, hecho y afirmación de las que discrepó totalmente. El objeto del contrato no fue alcanzado, no se ha prestado la debida asistencia a la madre. Por el hecho de incompatibilidad o la razón que fuere, si no era posible para la alimentista continuar viviendo en la casa de la alimentanda ésta debería no obstaculizar o dificultar la resolución contractual, conforme lo determina en el Artículo 149 del CC:

El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho

³⁹⁰ MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos, (2007): *El Contrato de Alimentos, formularios y recopilación de jurisprudencia*. Madrid, Ed. DYKINSON, p. 64.

*a ellos. Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial*³⁹¹.

En nuestro criterio el objeto de este contrato no es monetario aunque sea un contrato oneroso. La obligación se fija en el deber de dar y de hacer, pero lo que el legislador pretende es el pacto de cuidar, asistir, amparar al alimentista personalmente. No obstante, esto no es posible por razones de armonía o de buena convivencia entre las partes el contrato debe ser resuelto y debe ser dado una destinación al bien, de forma que favorezca al alimentista una vida digna y segura, disfrutar de sus propios bienes.

Sobre esto conviene transcribir el entendimiento del Profesor Eugenio Llamas Pombo, el referido profesor menciona que en caso de falta de cumplimiento del contrato por el alimentante, la obligación inicial queda extinguida. Así la obligación de dar y hacer se restringe solo a la obligación de dar y adquiere un carácter eminentemente pecuniario. El profesor entiende que en los casos de desistimiento unilateral hay un cambio en el objeto del contrato lo que transporta al instituto de la novación³⁹².

Comparto la opinión del profesor. Pensamos que en principio la intención del contrato es estipular una obligación de dar y de hacer, pero, conforme determina el artículo 1.796 CC, la rescisión unilateral deberá resultar en un “*superávit para constituir una nueva pensión*”, lo que conlleva a un cambio de la obligación a través de la novación.

Sobre el contrato de alimentos conviene citar una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona en 23 de diciembre de 2005. La hija y la madre firmaron el 24 de abril de 1992 un “*contrato vitalicio*” en el que fuera pactado que la madre vendiera su piso en Barcelona y entregara el dinero de la venta a la hija. En contraprestación al dinero recibido la hija estaba obligada a abonar a la madre una cantidad estipulada mensualmente durante toda la vida de la madre. Ocurre que la hija murió y a partir de esta fecha la madre ha dejado de recibir la renta mensual pactada entre las partes. La madre apela de la decisión de primera instancia, que desobliga a los

³⁹¹ Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 3/2008 de 30 enero.

³⁹² LLAMAS POMBO, Eugenio: *La tipificación del contrato de alimentos*. En Protección Jurídica de los Mayores. op. cit. PP 214, 215.

herederos de la hija a continuar cumpliendo el contrato. Los herederos de la hija alegan que se trata de contrato vitalicio, pero de carácter personalísimo y que no les cabe honrarlo, no siendo sustituible por tanto solo a las partes contratantes obligan. La apelante centra su pretensión en que la sentencia dictada aprecia indebidamente la naturaleza del contrato firmado en su día entre la demandante y su hija fallecida, impugnando el sentido que la sentencia del mencionado convenio particular como un contrato "sui generis", con las características de los contratos de alimentos y el contrato de renta vitalicia se subrogan los demandados en las obligaciones que la fallecida tuviera con la apelante.

El Tribunal argumenta que:

“El contrato pactado, por el que se cedió la finca a la hija a cambio de alimentar y cuidar a su madre, debe calificarse de contrato vitalicio, que hasta recientemente no había sido objeto de regulación en el ordenamiento jurídico español. Por el contrato vitalicio una persona cede a otra determinados bienes o derechos a cambio del compromiso que contrae la que los recibe de dar a la primera alimentos y asistencia durante toda su vida. Se trata de dar una figura contractual que hasta ahora era atípica, admitida por la doctrina científica y la jurisprudencia, ésta última declaró que "al amparo del principio de libertad contractual" las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestar alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen”. [Después el Tribunal arguye que:] la aplicación de la ley 41/2003 en los artículos 1.791 a 1.797 del Código Civil que de conformidad con el artículo 1.794 la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152 del Código Civil, “salvo la prevista en su apartado primero - muerte del alimentista – en este caso cualquier una de las partes podrá solicitar que la prestación de los alimentos se pague por medio la pensión actualizada, conforme el art. 1792, a satisfacer por plazos o a través de decisión judicial. Por fin decide el Tribunal desestimar el recurso³⁹³.

³⁹³ Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª). Sentencia núm. 122/2004 de 23 diciembre. JUR\2005\104824

Aunque la actual ley establezca en el art. 1792 que la resolución del contrato puede ser por el motivo de muerte del alimentante, no compartimos de la decisión del Tribunal.

Las razones para ello son las siguientes: no fue estipulado por las partes nada en contrario a la cesación del pacto y los contratos llamados de “vitalicios”, antes de la promulgación de la ley 41/2003 eran basados en la aplicación de norma general de contratación y de las obligaciones. A través de los contratos llamados de vitalicios que era transmisible *inter vivos y mortis causa*. Además se trata, consonante hemos dicho, de un contrato oneroso de recíprocas prestaciones, bilateral, no es una donación onerosa.

A nuestro modesto juicio a la decisión las obligaciones morales no se pueden romper y de ellas se derivan, en el caso de fracturarse, afectaciones personales, afectivas y familiares, que pueden implicar relaciones de derecho susceptibles de demanda de alimentos legales. De allí que especialmente en el ámbito de las relaciones ocurridas entre descendientes, ascendientes y horizontales, la dimensión moral asociada con el código simbólico del amor que rige la dinámica familiar lleva inmanente no pocas consecuencias. Más allá de las normas sociales que se rompen, también trascienden al espacio del derecho que pretende su regulación de acuerdo con las normas públicas y privadas como las que aquí revisamos.

Por lo tanto, es evidente que la hija fallecida tenía la intención de mantener el contrato especialmente de amparar a su madre y así lo ha hecho hasta su muerte. Tal como se observa, no se trata solamente del pago de una renta para una persona que necesita ser alimentada, si no que la obligación de alimentar se equipara a una obligación de hacer, reconocida en la ley por la expresión: “*asistencia de todo tipo a una persona durante su vida*” (el resaltado es nuestro). Pero si esto no es posible por motivos fortuitos, conforme hemos hablado anteriormente, el contrato se convierte en la obligación de dar. Haciendo referencia a la resolución unilateral conforme al artículo 1792, para el profesor LLAMAS POMBO: “*Hay que entender que ya no es admisible*

el pacto de desistimiento unilateral, al existir una solución alternativa prevista por la ley que, como decimos, resulta notablemente más justa”³⁹⁴.

Para ratificar y fundar nuestro posicionamiento conviene mencionar el Dr. Juan Carlos MARTÍNEZ ORTEGA:

“A pesar del carácter personalísimo de la obligación que asume el alimentante, que no puede transmitir inter vivos o mortis causa, es factible y recomendable en algunos casos, que la obligación del deudor de alimentos se transfiera a sus herederos, en el supuesto de que el alimentante fallezca antes que el alimentista. Esta posibilidad se venía admitiendo hasta la promulgación de la Ley que introdujo los nuevos artículos del Código Civil. El artículo 1792 de dicho cuerpo legal verifica la interpretación dada, al deducirse de su contenido que la obligación del deudor no se extingue a su muerte sino que permanece subsistente y serán sus herederos los que, en su caso, podrán solicitar la modificación contractual. Por eso, si no estaba previsto en el contrato la subrogación de los herederos del deudor, la obligación se transmitirá a éstos sin más. El referido artículo permite a cualquiera de las partes, a la muerte del alimentante, es decir, al alimentista y los herederos del cesionario, solicitar la modificación de la prestación, pues es posible que no sea factible para los herederos asumir personalmente los compromisos de su causante, por las circunstancias intrínsecas del contrato de alimentos basada en su finalidad económica-social que tal vez se perdería”³⁹⁵.

Para abundar sobre estas razones expuestas en los numerales anteriores traemos la decisión del Tribunal Supremo en 26 de Febrero de 2007. Los alimentandos apelan la resolución de la Audiencia Provincial de Lugo que determina la resolución contractual de un contrato de alimentos firmado entre el padre de un lado y el hijo y su esposa de otro. En fecha de día 2 de marzo de 1993, el padre realizó un contrato vitalicio en que el hijo se obligaba a hacer el pagamiento mensual de una cuantía determinada, más específicamente una renta vitalicia consistente en 200.000 pesetas el primer año, que

³⁹⁴ LLAMAS POMBRO, Eugenio. op. cit. Pág. 216.

³⁹⁵ MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. op. cit., pp.60-61.

debería ser incrementada en un 10% los sucesivos años acumulativamente, también garantizar el derecho a habitación y de asistencia personal conforme la posición social que ostenta el alimentista. En cambio el alimentista cede bienes al alimentando. Ocurre que el pacto no fue cumplido por los alimentandos. Desde el otorgamiento de la escritura los alimentandos no han pagado pensión alguna al alimentista, antes bien hicieron uso y usufructo de todo el dinero del padre hasta el agotamiento de sus cuentas bancarias. En octubre de 1997 el alimentista abandonó el hogar familiar para trasladarse a una residencia.

El Juzgado de primera instancia estimó parcialmente la demanda al considerar acreditada la falta de abono de la pensión acordada y condenó a los demandados al pago de la cantidad estipulada. Ésta sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia que, entendiendo demostrado el incumplimiento de las obligaciones de los alimentandos declaró resuelto el contrato.

Los alimentandos recurren y arguyen que se ha infringido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, estableciendo la naturaleza unilateral de dicho contrato, entiende que no puede ejercerse la facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil. El Tribunal responde y explica que: En la actualidad, ha de resaltarse la regulación del «contrato de alimentos » incorporado al Código Civil Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aunque no aplicable al caso, corona la evolución jurisprudencial señalada anteriormente al fijar, con autonomía, lo que es un «*contrato de alimentos*», diferenciado del contrato de «*renta vitalicia*».

A través de las testificales se comprobó la falta de una convivencia armoniosa entre alimentista y alimentandos. El alimentista les reiteraba que no le trataban bien en la residencia de los alimentandos y que lo maltrataban. Finalmente la sala de apelación consideró justificada la razón esgrimida por el demandante para llevar a cabo la resolución del contrato y decide: *“El incumplimiento apreciado y refrendado por la testifical practicada, es, a juicio de la Audiencia, de entidad suficiente para decretar la resolución, no pudiendo obligarse a quien no quiere en una relación contractual, como la que nos ocupa, donde, por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en caracteres, costumbres y aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina*

«congeniar». Por fin el Tribunal resuelve ratificar la decisión de la Audiencia y dar por concluido el contrato vitalicio³⁹⁶.

Efectivamente compartimos la decisión del Tribunal. Lamentablemente en muchos casos las personas mayores son vistas como un objeto generador de ventajas financieras. La realidad demuestra como hay entre los descendientes quienes consideran a las personas mayores como una fuente de renta susceptible de aprovechamiento frente de los obstáculos del actual mundo laboral. En consecuencia, la vulneración e inseguridad inherentes a la edad, así como la buena fe familiar los hacen potencialmente presas fáciles para la explotación o el aprovechamiento del patrimonio a cuenta de la formalización de contratos como los que aquí estudiamos.

En realidad en el mundo jurídico ha cambiado el antiguo concepto de *pacta sunt servanda*. Este ha sido rebajado por los principios orientadores de los ordenamientos jurídicos modernos especialmente del respeto al principio de la autonomía de la voluntad. O lo que es igual, en nuestros días se priorizan el propósito de las partes con ocasión de convenirse alrededor de un contrato.

Sobre lo que hemos mencionado anteriormente, merece la pena aludir un comentario sobre la eficacia vinculante del contrato con referencia al artículo 1091 de CC español. La exaltación del contrato, elevándolo a la categoría de verdadera *Lex Privata*, no alcanza hasta el punto de convertirlo en fuente de Derecho objetivo, si no, a lo sumo, de obligaciones. O lo que es lo mismo, de derechos subjetivos. Es más, para que el contrato se constituya en fuente de una relación obligatoria vinculante, es preciso que sus estipulaciones se acomoden al Derecho objetivo y en especial a las normas imperativas o prohibitivas, aparte de que, en tanto producto de la autonomía de la voluntad, el contrato topará siempre con los límites en ella señalados, máxime si se tratara de un contrato atípico³⁹⁷.

Conviene para mayor argumentación transcribir también la opinión del Dr. Juan Roca Guillamón, con relación a la ley 41/2003, quien afirma que:

³⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 249/2007 de 26 febrero RJ 2007\653

³⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (2006): Comentarios al Código Civil. op.cit. Pág. 1.298.

“Pero el legislador no sólo se ha querido desmarcar de la renta vitalicia, sino que acaso también para evitar toda posible confusión respecto de la naturaleza de la figura que ahora se ofrece, que pudiera derivarse del término “alimentos” escogido, introduce una aclaración acaso innecesaria, pero que tampoco está demás, al decir en el artículo 1793 que la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe, con lo que, sin duda, se quiere resaltar la naturaleza estrictamente contractual y extraña a los deberes de solidaridad familiar que inspiran la deuda alimenticia de los artículos 142 y ss. del Código Civil, pues nótese, se está excluyendo específicamente la básica regla de proporcionalidad del artículo 146 del propio Código Civil”³⁹⁸.

Conforme hemos visto en líneas arriba el contrato de alimentos establecido por la ley 41/2003 ha traído una nueva manera de apreciar las perspectivas entre los contratantes. La obligación de alimentar no se quedará a cargo solamente de la familia, pero se condiciona a elección o la voluntad del alimentista a través de sus propios proventos o de un capital destinado para este fin, lo que es un gran avance respecto a la intimidad del otorgante. Este contrato va en contra de las particulares características eminentemente económicas que los alimentos entre parientes expresa, con el predominio del aspecto humanitario y afectivo bajo el carácter monetario.

Igualmente, con la constitución de los alimentos por el otorgamiento de escritura se impone una mayor libertad de establecer detalles de forma clara y determinada, especialmente con relación a la seguridad del alimentista mediante el notario que goza de fe pública conforme al art. 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado que establece dentro las atribuciones del notario: *“dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes”*. De esta manera se evita el constreñimiento

³⁹⁸ ROCA GUILLAMÓN, Juan (2006): “El vitalicio. Notas sobre el contrato de alimentos en el Código Civil” (Ley 41/2003), en *Estudios de Derecho de obligaciones*, Madrid, Ed. La Ley, 2006, p. 646.

de tener que exponerse la intimidad de la familia y recurrir a una decisión judicial, muchas veces desagradable y dolorosa para las partes.

4.4. Sustitución fideicomisaria y la preservación de la legítima; de los incapacitados.

Al abordar este tema no pretendemos profundar en situaciones pormenorizadas del derecho sucesorio en España. El alcance de su tratamiento se reduce a explicar los beneficios efectivos establecidos por la ley 41/2003 artículo 782, con relación a la posibilidad de establecerse el fideicomiso en la legítima estricta en beneficio de un incapaz con el propósito de garantizarle una estabilidad financiera para el futuro. En este sentido la ley añade un tercer párrafo al artículo 808 del Código Civil con la siguiente redacción, pasando a ser cuarto el actual párrafo tercero:

“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

Conforme ya hemos señalado anteriormente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, ha dado un avance definitivo en la protección patrimonial de las personas con discapacidad. Para ello el legislador y la administración han procedido a modificar el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Normativa Tributaria en procura de su adecuación para dar cabida a un marco regulatorio protector en los términos que aquí se exponen. Especialmente, admitiendo la imposición de un gravamen de tal calibre como es una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, tal como hemos analizado.

Efectivamente esta ley estableció la posibilidad de que el padre o el abuelo puedan instituir el fideicomiso bajo de la legítima estricta mediante testamento, para el beneficio de un hijo o nieto incapacitado, siendo estos el fiduciario, y sus hermanos o sobrinos, o bien sus tíos los fideicomisarios.

Al respecto la Dra. Montserrat PEREÑA VICENTE afirma que: *“La nueva redacción del art. 808 deja claro que serán fiduciarios los hijos o descendientes*

*judicialmente incapacitados. En uso de esta facultad, el padre podrá dejar toda la herencia a uno de sus hijos o, lo que es más grave, a uno de sus nietos o ulterior descendientes viviendo los intermedios. Es decir, podrá convertir en legitimarios a los nietos cuando los padres viven y tienen capacidad para heredar, lo que supone un cambio radical en la estructura de las legítimas, en las que, como en la sucesión intestada, el pariente más próximo excluye al más remoto*³⁹⁹.

En nuestro criterio, conforme hablamos reiteradamente, la intención del legislador es claramente blindar jurídicamente y en los hechos la protección de la parte más vulnerable, esto es, el amparo del enfermo. Sin embargo, es una disposición legal polémica. Hay autores que comulgan que esta liberalidad puede traer más problemas que beneficios al incapaz. Entre estos, Silvia DÍAZ ALABART y Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA que discrepan del posicionamiento adoptado por esta ley, porque acreditan que la liberalidad para usar la legítima estricta podría venir a perjudicar a los demás herederos. Lerdo de Tejada expone su razonamiento de la siguiente forma:

Para el Dr. Tejada; el sistema actual, resulta de la reforma, no ha modificado la consistencia del tercio de libre disposición ni del de mejora, que, por tanto, se pueden seguir atribuyendo a un extraño y a un descendiente no legitimario, respectivamente. Indaga el profesor: que se podría establecerse la sustitución fideicomisaria simplemente para desplazar de la sucesión forzosa a determinados legitimarios, relegándolos a la condición de simples fideicomisarios, pero sin un beneficio apreciable para el descendiente incapacitado como sucedería en el ejemplo? Explica, para él cual es la real intención del legislador: Nos parece obvio que semejantes resultados o finalidades no han podido estar en la mente del legislador (o al menos no debieran haber estado), porque entonces resultaría absurdo ampliar la libertad del causante del modo en que lo hace la Ley;

³⁹⁹ PEREÑA VICENTE, Montserrat: “La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad...* op. cit., p. 693.

Por fin concluye que la intención del legislador fundarse en: es que se beneficie efectivamente al incapacitado, no que se le deje poco más o menos como estaba, pero perjudicando, además, al resto de los legitimados⁴⁰⁰.

Para el Dr. Rafael Leña Fernández: *“Ha quedado dicho, en materia sucesoria, la ley que comentamos camina en dos direcciones: la primera es la dar un primer golpe de piqueta en una barrera jurídica, hoy tan trasnochada, entorpecedora, absurda e injusta (¿qué tiene que ver la economía y la familia de la España actual con la de finales del XIX?) como es la imposición legitimaria de nuestro Código Civil, sobre todo cuando esa barrera afecta de modo sustancial a la igualdad de oportunidades en materia patrimonial del discapaz en relación con el capaz; y la segunda, la de facilitar instrumentos que, al modo de rampas y ortopedias jurídicas, faciliten el tránsito del discapaz por el mundo del Derecho patrimonial”*⁴⁰¹.

Sin embargo, no vemos en el beneficio de la sustitución fideicomisaria perjuicio alguno para los demás herederos. Tampoco apreciamos existencia de beneficio desproporcionado a favor del fiduciario, en detrimento de una pérdida sustancial para los fideicomisarios. Creemos que el legislador ha actuado motivado por el objetivo esencial en la cuestión que aquí tratamos, a saber: crear determinados soportes legales como instrumentos jurídicos de apoyo ante eventos de inseguridad, riesgos e incertidumbres que alberga a los familiares que tienen descendientes incapaces, procurando mecanismos de todo orden –familiares, sociales, legales y administrativos– para protegerlos, dentro de estos la libre disposición de la sustitución fiduciaria.

Efectivamente, en general la condición para dar paso a la constitución de un fideicomiso con base en esta ley es la garantía de que los fideicomisarios cuiden y asistan el fiduciario después de la muerte de los padres. Para ilustrar ésto citamos una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 23 de abril de 2007, en la que la madre, viuda, otorgó un testamento abierto, aunque suministrada a la curatela no estaba impedida de testar y por consiguiente de testar, por lo que constituye un fideicomiso a favor de su único hijo, este sin dependientes y también incapaz a través de la tutela,

⁴⁰⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2005): *El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo, 2005, pág. 121.

⁴⁰¹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. (2006): *Discapacidad Patrimonio Separado y Legítima*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, p.186.

siendo los fideicomisarios sus primos carnales. Se trata de un fideicomiso de residuo pasando a los fideicomisos de los bienes que no hubiese dispuesto al tiempo de su fallecimiento.

Así, instituyó como herederos fideicomisarios a los primos y demandados. Sin embargo, hizo uso del artículo 776 del CC de la una sustitución ejemplar de su hijo incapaz por enfermedad mental por los primos. Sujetó tal sustitución a la condición de que los herederos demandados auxiliasen y prestasen asistencia y alimentos durante la vida del hijo, también en el testamento designa entre sobrinos (fideicomisarios) el tutor del incapaz. La madre muere antes que el hijo. Después de la muerte del hijo incapaz, los primos demandan especialmente el esclarecimiento de si la herencia recibida es con relación a los bienes del sustituido y, también, los bienes dejados por la testadora, esto es aquellos bienes que estaban a nombre de la madre. Demandan entre sí sobre su condición de herederos y sobre la división de los bienes.

La juez de primera instancia determina que, teniendo en cuenta la institución del fideicomiso de residuo ya señalada, y tras un pormenorizado análisis de la naturaleza y efectos de la sustitución ejemplar con cita de la jurisprudencia existente al respecto, en dicha sustitución el sustituto de quien hereda es del sustituido y no del instituyente. Concluye rechazando la demanda, frente a cuya resolución frente se alzan los actores.

Los primos apelan en la Audiencia Provincial alegando que:

“(...) - la sustitución fideicomisaria sólo puede realizarse sobre el tercio de libre disposición pero nunca sobre la legítima y si se hace sobre el tercio de mejora habrá de hacerse en favor de los legitimarios, consecuencia todo ello de la intangibilidad de la legítima, de ahí que el fideicomiso de residuo únicamente podría referirse al tercio del haber hereditario de la otorgante.
- que el curador, conforme a lo dispuesto en el art. 753 del CC no podía ser capaz para heredar;
- Invocan el criterio conforme al cual el sustituto hereda al instituyente testador y en ningún caso al sustituido, con cita a tal efecto de la doctrina jurisprudencial que avala dicha tesis, y conforme a la que el sustituto (en este caso los demandados y ahora apelados) podrán recibir los bienes que

el incapaz sustituido, el hijo, hubiese recibido de su ascendiente sustituyente, la madre;

- sostienen los apelantes que los demandados incumplieron la condición impuesta en la sustitución ejemplar de auxiliar, cuidar y alimentar el incapaz, cuya situación tras el fallecimiento de su madre, con quien convivía en una Residencia Geriátrica, no varió tras dicho óbito, siendo dicho incapaz quien costeaba su internamiento”.

El Tribunal desestima la demanda por los siguientes motivos:

- El hijo era el único legitimario heredero de su madre, no tenía descendiente y su designación es de heredero universal con facultad de libre y total disposición de los bienes relictos. Por lo tanto, en nada podía afectar a la intangibilidad de la legítima la cláusula de residuo;
- Con relación al tutor, en la fecha del otorgamiento no ostentaba cargo tutelar alguno. Por tanto, si la razón de ser del precepto no es sino evitar que el tutor pueda captar en su favor la voluntad del testador al tiempo de otorgar su última voluntad, es obvio que ello no aconteció. Mas, con independencia de ello, y aun cuando el tutor no pudiese heredar, lo que al hilo de lo que venimos exponiendo no es así, tal circunstancia en nada favorecería a los demandantes, habida cuenta de que entre el tutor y sus hermanos obraría el derecho a acrecer conforme a lo dispuesto en el art. 982.1º del CC;
- Ante la duda de si la sustitución ejemplar comprende los bienes del instituyente, o también los del sustituido, supuesto este último en que aquél actuaría como un comisario legal del sustituido y como excepción a la regla general del art. 670 del CC, el Tribunal opina a favor del criterio amplio.
- Con relación al cumplimiento de la cláusula modal instituida por la otorgante, expone que la sentencia del tribunal que la madre, antes incluso de su declaración de incapacidad, residía con su hijo en la residencia, donde tras su fallecimiento su hijo continuó hasta su muerte. El hijo precisaba por su estado una asistencia continua y cualificada, con personal especializado, de ahí que con toda probabilidad su madre hubiese escogido en vida la citada residencia. Lo

cierto es que la madre dejó a su hijo bienes y patrimonio más que suficiente para subvencionar sus gastos. Por lo que la carga impuesta a los demás herederos no podía ser otra que la de visitarlo, vigilar sobre su estado de necesidad y que estuviese satisfactoriamente atendido de la misma manera que en vida de dicha testadora⁴⁰².

En nuestra opinión, la madre ha sido muy diligente en el momento de la constitución del fideicomiso y de la sustitución ejemplar. Compartimos, en consecuencia, la decisión del Tribunal con relación a la transmisión de los bienes a los fideicomisarios, porque el hijo y fiduciario era el verdadero heredero de la madre, no tenía descendientes, tampoco podría otorgar testamento debido a su incapacidad; además, la madre conforme determina el artículo 776 del CC le nombró un sustituto por lo tanto los fideicomisarios serían los herederos del sustituido.

Todo lo expuesto hasta aquí, ilustrado con el caso recién comentado, nos lleva a concluir que lo que inspira ésta institución es la preocupación de los padres del incapacitado en amparar un hijo o bien un nieto enfermo. Creemos que esta ley ha proporcionado mecanismos eficaces para que los otorgantes puedan disfrutar de mayores “liberalidades” para que su voluntad de protección de las personas más dependientes sea respetada.

Para Silvia DÍAZ ALABART, esta ley debería haber sido precedida de una reforma general en el Derecho Sucesorio en España. Así, afirma que:

“La promulgación de la ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, obviamente no era la ocasión ni lugar para realizar ese estudio y reforma general de las legítimas que vengo mencionando, ya que tiene un ámbito de aplicación muy restringido. Pero sin duda, puede ser un punto de partida para plantearse cuestiones de todo tipo en relación con nuestro Derecho de sucesiones. Centrándonos ya en el ámbito de las personas con discapacidad, su mayor longevidad hoy, debida a distintos factores, hace

⁴⁰² Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª). Sentencia núm. 149/2007 de 23 abril. JUR\2007\211485.

frecuente que sobrevivan a sus progenitores o a otros familiares que se ocupan de ellos. Lo que ha llevado al legislador a reformar a su favor algunas de las normas sucesorias del Código Civil, para lograr que la muerte de esos familiares cercanos que les procuraban atenciones básicas no les deje tan desamparados”⁴⁰³.

Para que no haya dudas respecto del ejercicio y gestión del fideicomiso, así como de los bienes que harán parte de este, el testador deberá expresar en el instrumento de otorgamiento de forma clara y precisa cual son los bienes o cual es la cuota de la legítima o si toda la legítima estará bajo régimen de fideicomiso. La Dra. Silvia DÍAZ ALABART estima que “...en los arts.782, 808 y 813.2 CC no se dice que la sustitución grave al legitimario fiduciario incapacitado, y puesto que la finalidad de la reforma es precisamente favorecer a ese legitimario incapacitado, llevan a entender que los bienes objeto de sustitución fideicomisaria no han de ser todos los que integren el tercio de legítima”⁴⁰⁴.

En opinión de esta autora la legítima estricta del fiduciario no resulta gravada y la recibe en plena propiedad. Para nosotros conforme se establece en la ley lo que se grava es el tercio de la legítima estricta, y como no se añade nada más, hay que entender que se refiere a todo el tercio.

A nuestro modesto juicio, pienso que la ley 41/2003 es clara con relación a la permisividad o disponibilidad, como una excepción que es dada al testador en el derecho de adentrar en la legítima estricta bajo una causa mayor la protección del más endeble. La única condición de la estipulación de este fideicomiso es para beneficiar un descendente incapaz, que realmente es el que más necesitará de ayuda financiera, ya que muy difícilmente podrá lograr una autonomía económica que le permita cubrir dignamente sus necesidades vitales. Además, nada impide a los otorgantes disponer también de una parte del tercio de la libre disposición o de mejora, pero es solo una mera posibilidad.

⁴⁰³ DÍAZ ALABART, SILVIA. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad...* op. cit., p. 56.

⁴⁰⁴ Idem, p. 63.

Por su parte, el Dr. Ignacio Serrano García, entiende:

“...que la cuota de legítima estricta que corresponda al hijo o descendiente incapacitado, le corresponde sin gravamen, pero hay opiniones serias que entienden que la sustitución fideicomisaria puede establecerse sobre el tercio de legítima íntegro, de forma que no podría disponer de nada de lo que reciba por título de herencia o de legado. De entenderse las cosas de la manera que señalan algunos, resultaría desheredado el descendiente incapacitado. Puesto que lo que recibe viene gravado con la obligación de conservar y transmitir; entiendo, su porción legitimaria libre de todo gravamen, sustitución, puesto que entendida la nueva figura de otra manera, se le estaría privando de un derecho del que el testador no puede disponer porque lo reserva la ley a determinados herederos”⁴⁰⁵.

La ley al mismo tiempo que no expresa la manera y especialmente las condiciones bajo las que está suministrado el fideicomiso, tampoco estipula cual es la especie de fideicomiso; por lo que, para nuestro juicio, podrá ser determinado cualquier modalidad de fideicomiso, conforme lo determina el artículo 783: *“Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos. El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa”*.

Para ampliar tales consideraciones el notario Rafael Leña Fernández menciona que *“...ciertamente la modificación efectuada de los artículos del Código Civil no limita el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo”⁴⁰⁶.*

Para ratificar nuestro parecer acodemos a las palabras del Dr. Sérgio CÁMARA LAPUENTE, que afirma: *En consecuencia, la taxativa expresión del art. 782 afecta*

⁴⁰⁵ SERRANO GARCÍA, Ignacio. (2008): Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad – Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Madrid, Ed. Iustel, op. cit., p. 449.

⁴⁰⁶ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. (2007): “Posibilidades en Materia Sucesoria que, en favor de la persona con Discapacidad, ofrece la Ley 41/2003”, en *Los Derechos de las personas con Discapacidad*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, p. 898.

*tanto a la sustitución fideicomisaria con deber de conservar como al **fideicomiso de residuo** [STS 26-11- 1968 (RJ 1968X5542) (la negrita es nuestra)]. Esta regla tiene dos excepciones en el propio artículo: una tradicional y general y otra novedosa y específica respecto a incapacitados. Según la primera, es posible gravar el tercio destinado a mejora (o parte de éste) con sustitución fideicomisaria en la que los fideicomisarios sean sólo descendientes del testador —incluso aunque no sean legitimarios directos suyos por tener el testador hijos e incluso si dichos descendientes no lo son a su vez de los hijos fiduciarios y legitimarios del testador—; no es posible el gravamen sobre la mejora en favor de personas extrañas [STS 5-4-1934 (RJ 1934X739)]⁴⁰⁷.*

Más allá de las discrepancias respecto de sus intervenciones a los fines de disponer, lo cierto es que este fideicomiso es un fideicomiso distinto. En nuestro criterio no debería estar reglamentado por las mismas reglas del fideicomiso que regula el derecho común. De esta manera, por tratarse el fiduciario de una persona legalmente incapacitada, las obligaciones con el fideicomiso deberán ser transmitidas al representante legal del incapacitado, o sea al tutor o al curador. Por otra parte, la extinción del fideicomiso puede ser o bien por fallecimiento del fiduciario o de los fideicomisarios, o bien por el recobro de la capacidad del fiduciario,

Con relación al momento de la incapacitación. La ley no estipula, tampoco expresa el momento en el que tiene que ocurrir la incapacitación, solo condiciona el otorgamiento del fideicomiso y su sustitución al “descendiente jurídicamente incapacitado”. Con todo, la determinación legal de ser el beneficiario una persona jurídicamente incapacitado nos deja una interrogante, a saber: ¿no tiene un discapacitado las mismas necesidades económicas y de sobrevivir que tiene un incapacitado?

La Dra. Monteserrat PEREÑA VICENTE con referencia a esta reforma del sistema de legítima, advierte: “*Siendo como es la ley de 2003 una ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, no permite que los padres puedan hacer uso para beneficiar a los hijos discapacitados, sea cual sea su grado de minusvalía.*

⁴⁰⁷ CÁMARA LAPUENTE, Sérgio. (2010): *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Ed. LEX NOVA, p. 895.

Solamente será posible beneficiar a los jurídicamente incapacitados quienes, a su vez, recordemos que no podrán ser titulares de un patrimonio protegido”⁴⁰⁸. Compremos los argumentos de la Dra. Monteserrat; no obstante la incapacitación es reconocida como una medida de protección, no vemos ningún impedimento que está sea instada para garantizar más resguardo a los actos practicados por discapacitados que visen resguardar sus derechos.

Con relación a la transmisión de la obligación establece el artículo 783- 2º: Para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

A pesar del gran avance y de todas las innovaciones de esta ley, estimamos que la medida más controvertida es precisamente la disposición del fideicomiso sobre la legítima estricta de los demás coherederos forzosos, porque adentra en un campo hasta entonces clausurado. En definitiva, este dispositivo legal constituye un marco jurídico en resguardo de los intereses patrimoniales del discapacitado que, no olvidemos, constituye un estado sobrevenido de un siniestro o de una actividad biológica degenerativa susceptible de ocurrencia a cualquier ser humano. Son medidas legales que sin lugar a dudas han de trascender especialmente en el Derecho Sucesorio, como ya se ha aclarado, puesto que se adentra en instituciones de origen tradicional como la legítima estricta hasta a poco tiempo intocable e intangible en el Derecho Común. Sin embargo, aunque se han modificado tres artículos de la reglamentación de la sustitución fiduciaria, el legislador ha preservado los demás, lo que no pocas veces deja evidente cierta falta de conexión entre ellos lo que da pie para dar cuenta de cierta incoherencia reglamentaria.

Actualmente, la disposición de la legítima estricta para beneficiar un descendiente incapaz aun es una medida poco utilizada. Tal vez sea porque el testador prefiera utilizar el tercio de libre disposición y de mejora o, probablemente, debido al escaso de tiempo de su vigencia todavía resulta exigua jurisprudencia sobre este tema.

⁴⁰⁸ PEREÑA VICENTE, Monserrat. La sustitución fideicomisaria en la legítima ¿Piedra angular del sistema de protección de los incapacitados? .En protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad. op. cit. P. 685.

Para fundamentar mejor lo que aquí hemos expuesto añadimos el criterio del Dr. Rafael Leña Fernández que compartimos: *“En sus necesidades al fiduciario incapacitado, se comprenderá mi fácil predicción acerca de la escasa utilización que preveo para la figura. Creo que sólo va a ser utilizada en un caso particular: en el supuesto de que el testador sólo posea como bien hereditario el piso en que vive. Puede tener, en este caso, la ventaja de que, con el fideicomiso que contemplamos, se evita el proindiviso del piso y el peligro consiguiente de que los legitimarios – si no hay nada más en la herencia y el incapacitado carece de metálico propio – puedan pedir la enajenación del mismo como indivisible”*⁴⁰⁹.

A manera de colofón consideramos que estamos ante una norma de finalidad plausible y loable que a nadie dejará impasible, menos aun a los discapacitados y sus dolientes inmediatos que, a buen seguro, valoraran la voluntad del legislador y del orden socio/jurídico en estatuir un andamiaje administrativo y de derecho que salvaguarde un régimen de protección ante el estado de necesidad particular como el que en este trabajo se realiza.

Haremos ahora un breve estudio del art. 1.732 del Código Civil sobre la preservación del mandato en el caso de incapacitación, también una importante medida que pretende mantener la autonomía del enfermo delante de la incertidumbre del futuro.

4.5. Preservación del Mandato en Caso de Incapacitación. Estudio del Art. 1.732 del Código Civil español.

El artículo 11 de la ley 41/2003 modifica el artículo 1.732 del CC que pasa a tener la siguiente redacción:

“El mandato se acaba:

- 1. Por su revocación.*
- 2. Por renuncia o incapacitación del mandatario.*

⁴⁰⁹ LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. (2007): “Posibilidades en Materia Sucesoria que, en favor de la persona con Discapacidad, ofrece la Ley 41/2003”...op. cit., p. 893

3. *Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.*

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

La ley 41/2003 se ha decidido por preservar la autonomía y el respeto a la decisión del mandante, ante la incertidumbre e inseguridad del futuro, ajustado a la interpretación que damos a este artículo.

Ahora bien, con relación a la definición del apoderamiento preventivo en España se expresa así Manuel Ángel MARTÍNEZ GARCÍA:

“A la vista de lo expuesto, podemos contraer el concepto de apoderamiento preventivo, a los efectos de esta exposición, como la declaración de voluntad unilateral y receptiva por la que una persona, en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”⁴¹⁰.

Para esta norma existe la posibilidad del mandato de permanecer después de la incapacitación del mandante y conforme este expresar. No obstante, esto no impide que sea instado el debido procedimiento de incapacitación, de esta manera la incapacitación sobrevenida del mandatario no impide la aplicación del mandato. El recalque es hecho para la continuación del mandato a los fines de sean resguardados los actos practicados por el mandatario en el caso de una futura incapacitación del mandante.

Jesús TABOADA, a su vez, expone su posicionamiento con relación a este dispositivo legal exponiendo que, *“La subsistencia del poder, ahora, en el caso que prevé el art. 1732 in fine se producirá tanto en casos de incapacidad como de*

⁴¹⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel (2008): “Apoderamiento Preventivo y Autotutela”, en *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*, op.cit. p. 138.

incapacitación”. Los argumentos son los siguientes. Literal: utiliza la palabra incapacidad; y, además, habla de “incapacidad del mandante apreciado conforme a lo dispuesto por éste”. Luego parece que dentro de esa apreciación podrá incluir la mera incapacidad de hecho. Finalista: favorecer la voluntad del poderdante, que quizá no desea ser incapacitado”⁴¹¹.

A nuestro modesto juicio, el precepto legal se refiere a la incapacitación judicial y por si tratar de un problema jurídico que envuelven mucho más que los actos dispuestos en un mandato, pienso que el mandato no debe obstar la solicitud de incapacitación, especialmente en los casos de enfermedades que tengan por consecuencia falta de discernimiento o de autogobierno.

Los motivos que conllevan a que las personas prefieran el apoderamiento preventivo son numerosos. En cualquier caso, sea cual fuera el motivo, es un principio de derecho el respeto a la autonomía de la voluntad del otorgante. Este puede convenir previsiblemente las consecuencias de eventos futuros que pudieran contravenir esta voluntad, de allí que se adelante a estos y decida salvaguardar su voluntad ante situaciones de incapacitación u otras homólogas.

Con relación a la aplicación de esta ley para la autora Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ “...Lo deseable hubiera sido, y ésta es una afirmación que no sólo puede predicarse de la modificación del mandato, sino también del resto de los preceptos del Código Civil que han sido tocados por esta ley, una reforma más rigurosa, afrontando directamente la cuestión de los poderes preventivos, planteándose su desenvolvimiento en la realidad, sus problemas de aplicación, su relación con otras categorías, y no incluir al hilo de otra figura como es el patrimonio protegido, con la que ciertamente no guarda un gran similitud, una simple modificación de un párrafo del art. 1732 del Código Civil”⁴¹².

⁴¹¹ TABOADA, GÓMEZ Jesús. “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: Breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, en *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*...op. cit., p. 278.

⁴¹² DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. (2008): *Incapacitación y Mandato*.op.cit. p.60.

Compartimos de la opinión de la Dra. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ pues quizá una reforma más integrada al ordenamiento civil español hubiera logrado más éxito.

Por otra parte, sobre los presupuestos que rigen este tipo de instrumento legal diserta Díez- Picazo, *“El fundamento de la relación representativa, que hemos colocado en el elemento fiduciario o confianza recíproca y mutua entre las partes, y básicamente en la confianza del representado hacia el representante, constituye un criterio de primer orden para integrar el contenido de derechos y deberes de esta relación. Esta integración puede, además, llevarse a cabo teniendo, una vez más, a la vista las normas concretas que nuestro Código Civil dedica al contrato de mandato”*⁴¹³.

Así, tal texto no se refiere a la ley 41/2003, todavía expresa de una manera muy elocuente sobre la fundamental necesidad de la confianza como siendo el principio fundamental en este contrato.

En este mismo sentido para Ignacio SERRANO GARCÍA: *El mandato general, es difícil que coexista con la tutela, porque los ámbitos de actuación de mandatario y tutor coincidirían. Pero un mandato que se refiere a un negocio determinado, que puede darse, por ejemplo, en interés del mandante y de un tercero (el caso que describe Gayo en su Res cottidianae: te encargo que compres un fundo para mí Ticio), con la consiguiente provisión de fondos, no obstaculiza para nada el desempeño de la tutela y puede subsistir aunque el mandante sea incapacitado*⁴¹⁴. Corroborar este posicionamiento Jesús GÓMEZ TABOADA: *Es una modificación sustancial del régimen del poder: la pervivencia del mismo pese a la falta de capacidad del poderdante*⁴¹⁵.

Sobre la toma de postura respecto del asunto, compartimos los posicionamientos de los autores anteriormente mencionados. Pensamos que las dos instituciones, el mandato y las instituciones de guarda, son perfectamente compatibles de acuerdo con la perspectiva legal de la ley 41/2003. Efectivamente, cuando se opta por el otorgamiento

⁴¹³ DÍEZ PICAZO, Luis. (1979): *La Representación en el Derecho Privado*, Madrid, Ed. Civitas, p. 99.

⁴¹⁴ SERRANO GARCÍA, Ignacio. op. cit., p. 295.

⁴¹⁵ TABOADA, GÓMEZ Jesús. Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: Breves consideraciones desde la perspectiva notarial. En *la Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*, op. cit. P. 277.

del mandato, en el caso de la situación en que la disminución de la capacidad se acentuara, pueden sucederse dos situaciones: o bien se inicie el procedimiento de incapacitación o bien que ésta no se haga nada, lo que en mi criterio es peor para el incapacitado. En el caso de la incapacitación y de la manutención del mandato, dependiendo de la relación de confianza y de la buena fe de las partes, el poder judicial puede preservar la conservación de sus términos.

Conforme expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón el 2 de octubre de 2008, la apelación si se fundamenta en la solicitud de que se revoque el auto recurrido y deje sin efecto la suspensión de la eficacia del poder otorgado el día 17 de julio de 2007 el mandato fuera otorgado para la representación en un contrato de compra y venta. Esta sentencia expone una situación un tanto excepcional, conforme vamos exponer en líneas abajo.

El Ministerio Fiscal apela y solicita la anulación del otorgamiento fundado en la evidente falta de capacidad natural del otorgante, que en el 14 de enero de 2008 fuera declarado incapaz. El mandante apela la decisión. En el recurso de apelación se alega que la declaración de incapacidad del otorgante no es firme y que no tiene efectos retroactivos. Se afirma en la apelación que en lo que hace mención del mandato: “...mientras no exista una resolución judicial expresa que establezca que los poderes son nulos, de ningún modo se puede suspender su eficacia”.

El tribunal decide:

La causa de la incapacitación es fundada básicamente en el "importante deterioro cognitivo" que el no es ni mucho menos inopinado o infundado que se puedan suscitar razonables dudas sobre la capacidad mental del otorgante en la época en la que celebró el contrato de compraventa y otorgó amplios poderes de representación. En estas circunstancias, no resulta inadecuado adoptar la medida cautelar impugnada al objeto de evitar que pueda continuarse el negocio dispositivo convenido el 7 de mayo de 2007. (...) De otra parte, y con independencia de los indicios que podrían fundar el cuestionamiento de la capacidad de poderdante en el

*momento de conferir el poder, sería en todo caso discutible la subsistencia del mandato otorgado una vez producida la incapacitación judicial, visto lo dispuesto en el párrafo último del art. 1732 del C. Civil; siendo prudente mantener la suspensión acordada en espera de lo que se pueda en un futuro resolver el contrato conforme el art. 1732 del C. Civil sobre el contrato controvertido y sobre el apoderamiento conferido*⁴¹⁶.

En nuestra modesta opinión este caso resalta un mero ejemplo en el que ha llegado al conocimiento del poder judicial la deficiencia del otorgante; en realidad se trata de un hecho corriente en la realidad dado que numerosos casos, como el anteriormente descrito, de personas que utilizan el mandato otorgado por personas que no están gozando de las plenas facultades mentales para lograr ventajas, beneficios y hacer usos y abusos –inexcusables y deshonestos- a partir del monopolio que ejercen de los poderes otorgados investidos con el manto de la “legalidad”.

Sobre las consecuencias de la anulación judicial de los actos viciados por la falta de capacidad natural, menciona la Dra. Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ que:

*“Por tanto, aun fuera de las reglas dispuestas en los arts. 1734 y 1738 de protección de la apariencia y buena fe que permiten una subsistencia de los efectos del poder, la extinción no conlleva irremediabilmente la absoluta ineficacia de lo hecho. Por otra parte, de la extinción del mandato pueden surgir otras consecuencias comunes (siguiendo la exposición de CÁMARA LAPUENTE, Com. Edersa, XXXVIII- 2.6, 262 y ss.), como la realización o continuación de ciertos actos; la devolución del poder y otros documentos, o la posible exigencia de ciertas indemnizaciones”*⁴¹⁷.

La misma autora amplía sus comentarios sobre el tema y con relación a los actos practicados por incapaces no incapacitados en España menciona:

⁴¹⁶ Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, Auto de 2 Oct. 2008, rec. 57/2008.

⁴¹⁷ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. (2010): *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Ed. LEX NOVA, pp. 1873-1876.

“...tendría que afirmarse que las mismas razones que existen para configurar como anulabilidad la invalidez de los actos realizados por incapacitados, las hay con respecto a los enfermos mentales no incapacitados, que no existe ninguna norma que imponga la nulidad de pleno derecho de los actos del enfermo mental no incapacitado; que el régimen de nulidad es funcionalmente inadecuado; y que no existe ningún obstáculo a la configuración de esta invalidez como anulabilidad”⁴¹⁸.

En Brasil no hay previsión legal alguna acerca de la posibilidad del mantenimiento del otorgamiento de mandato para el supuesto de incapacidad, rigiendo la extinción del poder en el caso de incapacitación del poderdante. No obstante, es corriente la falta de fiscalización de los actos practicados por personas deficientes de forma que, conforme hemos dicho en líneas arriba, efectivamente personas que no poseen capacidad natural continúan otorgando poderes, por consiguiente son realizados negocios jurídicos por sus apoderados en los que el poderdante no tiene consciencia de lo que significa tal acto.

Hechas las observaciones anteriores, la invalidación de estos negocios, es decir la anulabilidad de los actos, debe ser decidida por el Juez a través de un procedimiento de jurisdicción contencioso basado en la probable discapacidad real del sujeto en el momento del otorgamiento. Para ello habría de considerar a través de unos informes médicos el estado de la graduación de la discapacidad y los probables niveles de cognición del enfermo en el momento del otorgamiento.

Con relación a la validez del mandato y la falta de capacidad de obrar, merece la pena citar una sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida del 17 de Julio de 2009. El caso trata de lo siguiente: La apelante recurre la decisión de primera instancia que desestima integralmente el pleito en el que solicita la anulación de una donación hecha mediante instrumento de mandato. Alega para ello la falta de discernimiento del mandante en el momento de la donación, la apelante era esposa del otorgante, los apelados son el mandatario y la persona que fuera beneficiada por tal donación hecha por el mandante.

⁴¹⁸ CALERO MARTIN GUILARTE, Cristina. op. cit., p. 127.

En fecha de 10-5-2004, el mandante ha otorgado un mandato en el que concede amplios poderes al mandatario para “aceptar y hacer donaciones, puras, condicionales u onerosas...”. Amparado en dicho poder se hace una donación a través de tal mandato en fecha 18-3-2005. El otorgante fallece el 4-4-2005 como consecuencias de una enfermedad degenerativa, más exactamente el mal de Parkinson que ha padecido durante mucho tiempo.

El Tribunal se pronuncia razonando de la siguiente forma. La sentencia de primera instancia no analiza coherentemente la cuestión referente a la extinción del poder, que constituye uno de los principales hechos controvertidos. Pues bien, una vez constata la incongruencia omitida que alega la recurrente, da cuenta también de que en la sentencia de primera instancia nada se razona en la sentencia sobre la extinción del poder. Para el Tribunal lo que verdaderamente resulta relevante en el litigio no es la capacidad del otorgante en la fecha en que otorgó el poder (10-5-2004) ni tampoco su capacidad para poder prestar el consentimiento en la escritura de donación, sino que la cuestión estriba en determinar si en ese momento concurría la causa de extinción del mandato invocada en la demanda, puesto que la donación cuya nulidad se pretende se otorgó haciendo uso precisamente de ese poder.

El Tribunal disiente de la decisión de primera instancia en lo que concierne a tal:

“A la vista del contundente resultado que arrojan las referidas pruebas no cabe compartir la conclusión sentada en la resolución recurrida cuando indica que no ha quedado acreditado que a la fecha del otorgamiento de la escritura pública de donación el otorgante careciera de capacidad. Ya se ha dicho, y se reitera, que no es éste el verdadero problema (porque no fue el donante quien prestó el consentimiento) sino que lo que debe determinarse es la validez de los actos del mandatario y, en definitiva, si concurría o no causa de extinción del mandato”.

Y sobre el hecho de no estar incapacitado argumenta que, no es preciso que exista una declaración judicial de incapacitación para que el acto sea nulo, si el otorgante en el momento de la otorgación de la escritura de donación carecía de capacidad natural. Enfatiza el Tribunal:

“Sin embargo, el hecho de que una persona no haya sido judicialmente incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, porque esa carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (como indica la STS de 4-4-1984 la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable)”.

Y decide estimar el recurso y aceptar la tesis de la apelante, lo que comporta la nulidad de la donación⁴¹⁹.

Compartimos la decisión del Tribunal, especialmente con relación a la falta de capacidad natural del mandante en el momento del otorgamiento, ya que la causa —la enfermedad, el mal de Parkinson— ya existía mucho antes de ser instada la incapacitación. Por lo tanto, tratándose de una enfermedad degenerativa, lo más coherente sería a nuestro entender la anulación de los actos practicados por el enfermo durante la enfermedad, como ciertamente juzga el tribunal.

Ahora bien, queda la interrogante de cuando empieza la actuación del apoderado en estos casos de enfermedades degenerativas. Es un tema un tanto subjetivo y se trata de una cuestión de difícil apreciación. A nuestro modesto juicio, la legislación ha dejado un vacío, obviando una cuestión de primordial importancia, a saber: Cual es el momento en el que se debe declarar la incapacitación judicial, cuáles los criterios que determinan la necesidad de incapacitar al mandatario. Sin esto el mandato pasará a ser vitalicio y queda a salvo de cualquier intervención.

Con relación a esta interrogante ratifica mi posicionamiento las razones de la Dra. Cristina de AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ:

Se trata de una institución de enorme importancia como medida de protección de la persona que recibe un tratamiento absolutamente incompleto e insuficiente —a diferencia de lo sucedido en otros ordenamientos como el inglés o el francés— que requerirá de una práctica notarial que intente suplir los defectos de regulación y de una notable labor

⁴¹⁹ Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª). Sentencia núm. 283/2009 de 17 julio JUR 2009\464585.

de construcción por la doctrina y jurisprudencia (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2008,175-280). Son muchos los problemas no resueltos, especialmente los referentes a la determinación del momento del comienzo de eficacia del poder, su forma o extensión, posible registro del mandato o mecanismos de control de la actuación del mandatario, por mencionar algunos, habiendo previsto la norma exclusivamente la posible extinción del poder por parte del Juez, al incapacitar al sujeto o posteriormente solicitada por el tutor, circunstancia que de no llevarse a cabo con moderación y teniendo en cuenta los intereses del sujeto determinará la inaplicación práctica de esta nueva e importante figura⁴²⁰.

Con respecto a la fiscalización del debido cumplimiento del mandato, el artículo 1.720 del Código Civil determina: *“Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo”*.

Sobre esto, menciona la Dra. Eva MARTÍNEZ GALLEGO:

La obligación que como ya hemos visto abarca tanto “dar cuenta” como “dar información” sobre lo actuado, siendo un concepto de la rendición de cuentas que no debe ni puede limitarse al aspecto contable, sino que debe tener un contenido mucho más amplio de forma que permita conocer al mandante el grado de cumplimiento del mandato encomendado, y que, además, en determinados casos precisará de completos y justificados informes que exceden con mucho de una mera dación de cuentas. Lo señalado no significa que en algunas ocasiones dar cuenta de lo actuado pueda ser suficiente para entender cumplida la obligación del art.1720⁴²¹.

Como se aprecia, la capacidad natural del mandante es fundamental para el otorgamiento del mandato. Para ilustrar esto conviene mencionar una sentencia de la

⁴²⁰ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. (2010): *Comentarios al Código Civil*. op.cit. pp. 1873-1876.

⁴²¹ MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. (2003): *La rendición de cuentas con especial examen en la tutela*. op.cit, pp. 75- 76.

Audiencia Provincial de Asturias de fecha 03-02-2012. Se trata del pedido de anulación de un mandato preventivo y de un testamento, ambos otorgados en fecha 10 de Marzo de 2005, en el que la otorgante nombra a su sobrina y apelante como su única heredera y mandataria.

Conforme hemos dicho, la tía en el día 10 de Marzo de 2005 otorgó poder general a favor de la apelante, estipulando que el mandato no se extinguiría "...por su incapacidad sobrevenida de conformidad con el art. 1.732 del Código Civil reformado por la Ley 41/2003 del 18 de Noviembre.

A partir de ese momento la mandataria, en uso del mandato, hizo una serie de actos tales como: la disposición del remanente de las cuentas y depósitos bancarios de la poderdante, traspaso de un piso, vendiéndolo el 20 de Octubre de 2005 a sus hermanos a través de una escritura de permuta el 4 de Noviembre del mismo año, igualmente traspasó una finca urbana a otros hermanos, entre otros actos. El 18 de Enero de 2006 la tía otorgó nuevo testamento abierto instituyendo como nuevos herederos a sus otros sobrinos. La audiencia de primera instancia anula los negocios hechos en los actos y fechas anteriores. Sin embargo, dado que no fuera instado la anulación del testamento de 10 de Marzo de 2005. El Tribunal expone su posición de la siguiente forma:

“Cabe inferir de los antecedentes expuestos que la cuestión que condiciona la línea decisoria es la concerniente a la eficacia de éstos últimos actos jurídicos, toda vez que de reputarse nulos, la apelada no ostentaría la condición de heredera de la tía en la que expresamente asienta su legitimación activa, además de que la supuesta ineficacia de los contratos celebrados en nombre de aquella y de las disposiciones de sus cuentas efectuadas por la mandataria como su apoderada devendría intrascendente pues los inmuebles y el metálico revendrían al caudal relicto de la tía sería única heredera la mandataria a partir del testamento de Marzo de 2005 cuya validez no ha sido impugnada en el proceso”.

Con relación a la enfermedad y deficiencia de la otorgante que he dado origen a su falta de discernimiento y consciencia, el hecho es relatado por el Tribunal de la siguiente manera:

“En Agosto de 2004 es diagnosticado un déficit cognitivo compatible con diagnóstico de demencia senil con perturbación de facultades mentales sin ser consciente “de lo que se le pregunta ni del entorno en que se encuentra”. Después de diversos internamientos, en el 15 de Diciembre de 2005, la dirección del hospital dirige escrito al Ministerio Fiscal, haciendo un histórico del cuadro clínico de la otorgante, en lo cual expresa que es portadora del deterioro cognitivo y desequilibrio, datos que indujeron al Ministerio Público a incoando la Fiscalía Diligencias informativas n° 12/2006, tras el dictamen del Médico Forense que concluyo por: el deterioro cognitivo y desequilibrio mental irreversible, probablemente relacionado con demencia senil, estando obnubilada durante la exploración sin poder realizarle ninguna entrevista, datos que indujeron al Ministerio Público a formalizar el 6 de Marzo una demanda de incapacitación de la otorgante esta declarada carente de objeto, porque la otorgante he fallecido en el 27 de Febrero”.

Por fin el Tribunal decide por la nulidad de la escritura de revocación de poder otorgada solamente a partir de la fecha el 18 de Enero de 2006.

Toma de postura. No compartimos la decisión del Tribunal por los motivos que seguidamente expongo.

- 1- La incapacitación de la otorgante debería haber sido cuestionada en el momento en que empieza su debilidad conforme expresa la sentencia, aportando un primer informe psicológico que, con ocasión de una afectación psíquica de la otorgante en Agosto de 2004, refiere el estado como “déficit cognitivo compatible con diagnóstico de demencia”; posteriormente otro informe de la psicóloga de fecha 3 de Noviembre de 2005 define un cuadro de “demencia senil con perturbación de facultades mentales (...) sin ser consciente de lo que se le pregunta ni del entorno en que se encuentra”.
- 2- Es evidente entonces que a partir del primer diagnostico de demencia, en mi criterio, los negocios practicados por la otorgante estarían viciados de nulidad porque no estaban investidos de la capacidad natural establecida por la ley, por lo

que debería haber sido declarada su incapacitación. El artículo 1.732, en el apartado sobre la permanencia del mandato expone: “...a no ser que el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste”, es decir, el poderdante.

Conforme se observa lamentablemente, en este caso los derechos del mandante y su debilidad médicamente declarada ha sido aprovechada por la familia para trasladar propiedades acrecentando su patrimonio en demérito del mandante, obrando obviamente, según nuestro punto de vista, de forma poco honesta y jurídicamente violentando la norma y abusando de la institución que aquí se analiza.

El Tribunal anuló los actos a partir de 18 de enero de 2006. No obstante, a nuestro juicio -la demencia siendo como es una enfermedad progresiva- es altamente improbable que alguien sea declarado demente en un par de semanas; muy probablemente, la tendencia sería el empeoramiento y en consecuencia la total debilidad y falta de discernimiento del mandante. De lo que se concluye que siendo una enfermedad progresiva desde el primer diagnóstico, esto es, en fecha de agosto de 2004, sus actos estarían viciados. De esta manera y dadas las consideraciones anteriores, efectivamente se trata de una molestia que afecta severamente el deterioro mental, deberían ser considerados nulos los actos sucedidos desde entonces, aunque no haya sido instado el debido proceso de incapacitación. La discapacidad ya había ocurrido antes de la formalización de los actos por el notario, lo que le tornaría a la otorgante carente de protección institucional.

Con relación a la responsabilidad del notario en el momento del otorgamiento del mandato, preguntamos: ¿Cuáles son las garantías de que el mandato refleje la voluntad real del poderdante y que este está consciente de sus actos en el momento del otorgamiento del mandato?

Con relación a esta interrogante, contesta Jesús GÓMEZ TABOADA con otra indagación:

*“¿Por qué corresponde al notario la apreciación de la capacidad? Por la razón de ser de su existencia, de su función: dar fe del contenido de los actos y de los negocios jurídicos, así como de su adecuación a la ley. Esta idea tiene su cobertura legal en la Ley Orgánica del Notariado, cuyo art. 17 bis nos dice, en su párrafo 2.b que: “Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes”*⁴²².

El papel del notario es de suma importancia en la constitución del patrimonio protegido, asimismo en el artículo 3.3 expresa que el patrimonio protegido se formará en documentos públicos o por resolución judicial. La realidad demuestra, sin embargo, que es en los notariados donde se establecen los bienes que deben hacer parte del patrimonio protegido.

Compartimos con el autor es obligación funcional del notario dar fe de la identidad y de la capacidad de los otorgantes, por esto es importante que aquello se certifique que no hay impedimentos. Por esto el Notario antes de realizar el otorgamiento debe certificase de la aptitud jurídica de las partes declarantes. Por lo que, si se declara que la calificación notarial era equivocada, deberá el notario responder de los daños y perjuicios causados.

Finalmente, y ya para concluir, pensamos que el otorgamiento del mandato en previsión de una futura incapacitación es un excelente instrumento legislativo de respeto al principio de la autonomía de la voluntad. Aunque, hay que decirlo, en la práctica de los juzgados y notarias se trate de un recurso muy poco utilizado.

⁴²² TABOADA, GÓMEZ Jesús. Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: Breves consideraciones desde la perspectiva notarial. Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales. op. cit. P. 265 y ss.

La manutención del mandato delante de una incapacitación del mandante, puede constituirse en una importante herramienta de protección en Brasil para los discapacitados. Lo que conlleva, claro está, a una restructuración legislativa adecuada y a una efectiva fiscalización.

CONCLUSIONES

I

En Brasil constatamos que la institución de la curatela se encuentra totalmente alejada de su finalidad de protección. Se comprueba como un hecho común el elevado número de brasileños que están siendo *interdictados* judicialmente, cuyo objetivo es la consecución del pago del auxilio-enfermedad. Esta es una prestación social continua no contributiva, destinada a personas que poseen trastornos mentales y que sean pobres en los términos establecidos por la ley, es decir, que vivan con cerca de 40% del sueldo mínimo brasileño, establecida en la ley 12.435 de 06 de Julio de 2011 que trata de la organización de la asistencia social. El razonamiento esbozado en este trabajo ha tratado de poner en evidencia la conexión que se viene presentando en Brasil entre la *interdicción* y la concesión de tal beneficio por la seguridad social. De esta manera, se desnaturalizó una institución de protección tan importante como lo es la curatela, generalizando de manera indiscriminada su vigencia - en su mayoría entre personas pobres portadoras de retardo mental- como sustitutiva de otras figuras de asistencia social que contribuyen a atenuar los efectos de la pobreza, alejando de la figura de protección de una persona judicialmente incapacitada.

II

La manera que el ordenamiento jurídico español disciplina la incapacitación, conforme el artículo 200 del Código Civil Español en la que fija los cauces jurídicos mediante los cuales ordena los criterios de determinación de estados de incapacitación, tomando por parámetro las enfermedades o deficiencias físicas y/o psíquicas persistentes que afecten el juicio personal para gobernarse a sí mismo, a nuestro entendimiento, este dispositivo legal extiende la dimensión subjetiva de la norma. Entendemos que no expone con claridad cuáles son las deficiencias y enfermedades que

pueden conllevar a la incapacitación y tal vacío puede dar origen a una gran cantidad de interpretación lo que remite al enaltecimiento del poder discrecional del juez.

III

Tanto en el ordenamiento jurídico español como en el brasileño las causas que efectivamente dan origen a una incapacitación e interdicción son las enfermedades mentales graves que merman la sensatez y que conllevan a una percepción desvirtuada de la realidad. El artículo 1.767 del Código Civil brasileño establece los motivos que comportan a la interdicción y la mayoría tienen su origen en enfermedades mentales. El artículo 200 del Código Civil español, aunque no sea tan tajante, nos remite como causas de incapacitación a las enfermedades persistentes y que impidan el autogobierno. Entendemos que las enfermedades físicas pueden delimitar algunas acciones, pero difícilmente llevan a la incapacitación o interdicción, especialmente si el enfermo mantiene las facultades mentales intactas.

IV

Con relación a los procedimientos de esterilización en España lo cierto es que las partes que intervienen convergen en buscar el mejor interés del incapaz que es el principio fundamental de los dos ordenamientos jurídicos estudiados, lo que pasa en la mayoría de los supuestos por no apoyar una maternidad o paternidad que señalan insensata al afectar enormemente a terceros. Tenemos el propósito de tomar por fundamento a la legislación española como *lexis ferenda* e igualmente reglamentar la esterilización para enfermos mentales irrecuperables en Brasil.

Ante la triste realidad del abandono de niños en la sociedad brasileña, especialmente con relación a aquellos que son hijos de personas enfermas mentales, pensamos que la inserción del instituto de la esterilización en el ordenamiento jurídico brasileño para enfermos mentales irrecuperables, sería susceptible de establecer la paternidad o maternidad consciente y comprometida.

V

La incapacitación de menores en España es una cuestión que merece un análisis más profundo. En este tema, se nos hace difícil comprender las razones para incapacitar a un menor cuando éste se encuentra bajo la protección de la patria potestad, pues en tales casos, legalmente, el menor ya tiene limitada su capacidad de obrar y no puede por sí solo practicar actos jurídicos sin la participación o el consentimiento de su representante legal. Así, en consecuencia, la declaración de incapacitación puede tener un efecto jurídico nulo. De este modo y de acuerdo con las observaciones en Salamanca, a través de una pesquisa directa practicadas en este estudio, efectivamente llegamos a la consumación que son muy pocos los casos en los que se solicita la incapacitación de niños o adolescentes, siendo más común que las familias esperen que los menores completen la mayoría de edad para solicitar su incapacitación y/o la prórroga de la patria potestad.

Por su parte, la legislación brasileña no comporta la interdicción de menores de edad ya que conforme el artículo 3º y 4º del Código Civil son considerados absolutamente y relativamente incapaces, respectivamente. Aunque la doctrina resalta algunos pocos casos; la mayoría son instados con la finalidad de la percepción de la ayuda financiera por la seguridad social, conforme señalamos anteriormente.

VI

Es criterio nuestro la ley española 41/2003 de protección patrimonial de las personas discapacitadas y de modificación del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, enaltece el principio de la autonomía de la voluntad. Conforme constatamos en la revisión jurisprudencial y actos de notarías en la comarca de Salamanca, la escasa aplicación práctica de algunos instrumentos apuntados en esta ley, pone de relieve el desconocimiento que existe al respecto de sus ventajas entre la población potencialmente interesada en España, especialmente en Salamanca. Generalmente, se tiene escaso conocimiento de lo que representa la protección patrimonial de personas discapacitadas, o de cómo es constituido el patrimonio protegido, el contrato de alimentos, el derecho de habitación y la auto/tutela, entre otros. Y entre quienes conocen de la existencia de la ley suelen apuntar hacia su aplicación y aprovechamiento con fines fiscales-monetarios, habiéndose dejado de lado su aplicación más importante desde el punto de vista civil por la trascendencia que supone la protección para la vida personal y patrimonio del incapacitado judicialmente.

VII

Con relación a la legitimación para solicitar la incapacitación en España, especialmente en la comarca de Salamanca son instados por el Ministerio Fiscal, aunque exista familiares que detengan la legitimación activa. Se ha de reconocer que esta institución asume el posicionamiento de actor en los procesos de incapacitación sustituyendo a los familiares próximos facultados para instar la incapacitación. Así, las familias optan por recurrir al Ministerio Fiscal por diversas razones: de economía y evitar el dispendio con las costas procesales y honorarios de abogados, bien porque encuentran reconocimiento y confianza en la intercesión de este órgano.

En Brasil, aunque el Ministerio Fiscal ostente la posición de legitimado activo en los procedimientos de interdicción, efectivamente solamente actúa en la falta de los activamente legitimados con respecto a la orden de legitimación establecida en el artículo 1.178 del Código de Proceso Civil. En la gran mayoría de los procesos de interdicción son instados por abogados contratados por las familias del presunto incapaz o a través de la asistencia judicial gratuita, cuando la familia compruebe que no puede sufragar el pago de un profesional.

VIII

En lo que respecta al procedimiento de internamiento involuntario para enfermos mentales en España, a la luz del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendemos que se trata de un procedimiento autónomo. Pensamos que no es medida cautelar, pues aunque procure resguardar un derecho, no está condicionado a un procedimiento judicial de incapacitación; esto puede ocurrir o no. A nuestro entender es un procedimiento independiente con sus propias características procesales de jurisdicción voluntaria. De esta manera, requiere el examen minucioso de la causa que puede ser transitoria con el objetivo o la intención de mantener la integridad del enfermo y evitar abusos en su derecho de libertad y autonomía.

Por su parte, el ordenamiento jurídico brasileño disciplina el internamiento involuntario para enfermos mentales, conforme nuestro entendimiento, de manera insuficiente a través de la Ley federal 10.216/2001 de 6 de abril, que dispone el modelo asistencial en salud mental. Esta ley es compuesta de 13 artículos, de los cuales cuatro se destinan a disciplinar el internamiento involuntario por trastornos mentales. En esta ley se establece como mecanismo de protección tan solo la comunicación por la entidad asistencial, del internamiento involuntario al Ministerio fiscal en el plazo de 72h. Ya que no sitúa el internamiento mental como un procedimiento jurídico, por lo

tanto no establece el conocimiento del enfermo, su examen por el juez, entre otros procedimientos, que existen en el Derecho comparado y en particular en España. Planteamos el ejemplo del ordenamiento jurídico a través del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español para ser considerado como propuesta legislativa en Brasil.

IX

El Código Civil brasileño en el Título IV tras la reforma de 2002 no desarrolla las figuras de protección. El único artículo que puede expresar alguna innovación con relación al principio de la autonomía de la voluntad es el art. 1.780: *Al requerimiento del enfermo mental o del portador de deficiencia física, o en la imposibilidad de hacerlo, de cualquiera de las personas a que se refiere el artículo 1.768, le será dado curador para cuidar de todos o algunos de sus negocios o bienes* (la traducción es nuestra). Este dispositivo legal aunque ha traído una discreta innovación es, todavía, muy tímida y primaria.

BIBLIOGRAFIA

1. ALONSO Y GETE, María del Carmen: *La Protección Civil de Personas Sometidas a Manipulación Mental*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2003.
2. ALVAREZ MARCHAN, Antonio: *La Tutela de los Menores en Castilla hasta fines del siglo XV*. Sevilla. Publicación de la Universidad de Sevilla, 1976.
3. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1984.
4. ARAMBURO, Mariano: *Estudio de las causas que Determinan, Modifican y Extinguen la Capacidad según la Filosofía*. Madrid. Editorial Reus, 1931.
5. ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. *Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*. Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1997.
6. AVILÉS BARRANCO, MARÍA DEL CARMEN (Coordinadora): *Situaciones de Dependencia, Discapacidad y Derechos*, Madrid, Ed. DYKINSON, 2010.
7. AZCANO MARTÍN, Eva maría. *El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad, aspectos civiles*, Madrid, Ed. La Ley, 2011.
8. AZNAR LOPEZ, Miguel y otros. *Integración Social de los minusválidos*, Madrid, Ed. Gabinete Técnico del Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1982.
9. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio: *Sentença e coisa julgada*. 2a ed., Porto Alegre, Ed. Fabris, 1998.
10. BARBOSA ABREU, Célia. *Curatela e Interdição Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2009.
- BARBOSA MOREIRA: *Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. FORENSE, 2000.
11. BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de Direito de família*. Sao Paulo. Ed. Saraiva. 1976.
12. BERCOVITZ RODRIGUES CANO, Rodrigo.
 - *La Marginación de los Locos y el Derecho*. Madrid. Ed. Taurus, 1976.
 - *Comentarios al Código Civil*, Navarra, Ed. THOMSON REUTERS, 2009.
13. BEVILÁCHA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*, tomo 6, Rio de Janeiro, Ed. Rio de Janeiro, 1953, por: Paulo de Azevedo
14. BLASCO GASCÓ, Francisco. *Código Civil Español*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.

15. BONFANTE, Pedro y otros. Traducción de la Octava Edición Italiana por BACCI Luis y LARROSA, Andres: *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid. Ed. Reus, 1979.
16. BRITO GUZMÁN, Alejandro: *Derecho Privado Romano*. Santiago del Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1996.
17. CABERO IGLESIAS, Manuel. *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*, Madrid, Ed. Civitas, 2000.
18. CABRERA MERCADO, RAFAEL. *El proceso de incapacitación*, Madrid, Ed. McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997.
19. CABRERA VARGAS, Bartolomé. *Aspectos Civiles y Procesales de la discapacidad. En la protección jurídica del discapacitado*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, 2003.
20. CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Los Procesos sobre la Capacidad de las Personas*. Madrid. Ed. Lustel. 2007.
21. CALERA GETE ALONSO, Maria Carmen: *La Nueva Normativa en Materia de Capacidad de Obrar de la Persona*. Madrid. Ed. Civitas, 1985.
22. CALERO MARTIN GUILARTE, Cristina: *La Curatela en el Nuevo Sistema de Capacidad Graduable*. Madrid, Editorial McGRAW -HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A. 1997.
23. CÁMARA LAPUENTE, Sérgio. *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Ed. LEX NOVA, 2010.
24. CAMARGO, Raul: *loucos de todo genero*. Rio de Janeiro, Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.
25. CANO CHIMENO, Marta. *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*, Navarra, Ed. Arazandi, 2004.
26. CARONA QUESADA GONZÁLES, Maria: *La Tutela y otras Instituciones de Protección de la Persona (un Estudio de Sentencias, Autos y Resoluciones)*. Barcelona. Ed. ATELIER, 2004.
27. CHAPARRO RAMOS, Enrique. *La persona y su capacidad civil*. Madrid. Ed. Tecnos, 1995.
28. DA SILVA PEREIRA, Caio Mário: *Instituições de Direito Civil*. Ed. FORENSE. Rio de Janeiro. 2002

DE AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, Cristina.

- *Incapacitación y Mandato*, Madrid, Ed. La Ley, 2008.
- *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Ed. LEX NOVA, 2010.

29. DE LA CUESTA Y AGUILAR, Joaquín. La Tutela Familiar y Disposiciones a favor del menor e incapaz. Barcelona, Ed. Bosch, 1994.

30. DE LA OLIVA, ANDRÉS Y FERNÁNDEZ, MICHEL ANGEL: *Derecho procesal Civil – IV*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces. 1990.

31. DE SALVO VENOSA, Silvio: *Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Atlas*, 2002.

32. DELGADO BUENO, Santiago y RUIZ DE LA CUESTA, José Maria y otros: *Aspectos Médicos Legales del Internamiento y de la Incapacitación. Los Discapacitados y su Protección Jurídica*. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, DL 2000.

33. DIAS, MARIA HELENA; PEREIRA, Rodrigo da Cunha: *Direito de família y el nuevo Código Civil*. III, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2003.

34. DIAS, Maria Berenice. *Manual do Direito de Família*, Sao Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

35. DIAZ, EUSEBIO: *Instituciones de Derecho Romano*. Ed. Horta, Barcelona. 1946.

36. DIEZ PALOMINO, Isabel: *El Tutor: Obligaciones y Responsabilidad*. Valencia. Ed. Tirant Lo Blanch, 2006.

37. DÍEZ PICAZO, Luis y otros:

- *Sistema de Derecho Civil. Derecho de la Persona, Autonomía Privada, Persona Jurídica*. Madrid. Ed. Tecnos. 2004.
- *En Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela. Artículos 199-210*, Madrid, Ed. Tecnos. 1986.
- *La Representación en el Derecho Privado*, Madrid, Ed. Civitas, 1979.

38. DINIZ, Maria Helena.

Código Civil Brasileiro Anotado. Sao Paulo - Brasil. Ed. Saraiva. 2008.

39. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil, Saraiva, 2003.

40. ECHEVERRÍA DELGADO, Jesús y PARRA LUCAN, María Ángeles: *las Nulidades de los Contratos en la Teoría y en la Práctica*. Madrid, Edit. Dykinson, 2005.

41. ECO, UMBERTO: *Cómo se hace una tesis, técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Ed. Gedisa. Barcelona. 2006.
42. EIRANOVA ENCIMAS, Emilio y otros: *Código Civil Alemán Comentado*. Barcelona. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales. 1998.
43. ENCIMAS RUIZ, Cristóbal Francisco y otros. *Código Civil Alemán Comentado*, Madrid, Ed. Jurídicas Sociales, 1998.
44. ESCUDERO MORATALLA, José Francisco: *Discapacidad y Derecho Tratamiento Jurídico y sociológico*. Barcelona, Ed. Bosch, 2005.
45. ESPINAR FERNANDEZ, RAMON: *Las fuentes del Derecho Histórico Español*. Ed. CEURA, Madrid.1985.
46. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco y Puente Heredia, Mercedes. *Protección Legal de Incapaces*. Madrid. Ed. COLEX, 1998.
47. FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. *La Guarda de Hecho y la Protección de las personas con Discapacidad*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.
48. FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, Benedito. *Códigos sobre el Derecho Civil Español*, Madrid, 3º Edición, tomo I, 1871.
49. FRANCESCO CARNELUTTI. Por Niceto Alcalá- Zamora y Castillo. *La Prueba Civil*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
50. GARCIA SERRANO, Ignacio: *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, Madrid. Ed. Iustel, 2008.
51. GARRIDO, GARCÍA, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*, Madrid, Ed. DYKINSON, 1984.
52. GAYO: *Instituciones*. Nueva Traducción por: VELASCO ABELLAN, Manuel y otros. Madrid, Ed. Civitas, 1989.
53. GANZENMÜLLER ROIG, Carlos:
 - Artículo publicado: *Discapacidad Intelectual y Derecho, IV Jornada Fundación Aequitas*, Madrid, 2004.
54. GETE ALONSO, Maria del Carmen. *La Nueva Normativa en Materia de Capacidad de Obrar de la Persona*. Madrid. Tirant lo Blanch. 2003.
55. GIRARD, PAUL Frédéric. *Manuel élémentaire de droit roman. Paris. Ed. Arthur Rousseau*. 1924. (consulta hecha en el capítulo V referente a la tutela y la curatela).

56. GOMES, Orlando. *Direito de Familia*. actualizado por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2002
57. GRANDA GONZÁLEZ, Piedad: *Régimen Jurídico de protección de la Discapacidad por enfermedad mental*, Ed. Reus. Madrid. 2009.
58. GOMEZ LA PLAZA, Maria del Carmen: *Los Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, Vol. 1º B. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado. 2004. Comentarios a los artículos 1.261 a 1.280.
59. GREGORIO LOPEZ: *Las Siete Partidas Afonsinas*. Sexta Partida. Salamanca por Andrea de Portonaris. Títulos X V, XVI, XVII, XVIII, XIX. 1555.
60. GUTIÉRREZ CALLES, José Luis: *La Guarda del Enfermo Mental: Deberes y Responsabilidades*. Madrid. Ed. DYKINSON. 2004
61. Iruzubieta Vásquez, Carlos: *Comentarios a la nueva ley de Enjuiciamiento Civil: doctrina y jurisprudencia de la Ley 1/2000 de 7 de enero*, Madrid, Ed. Dijura, 2000.
62. JARA GÓMEZ, Mariano: *Trastornos Psiquiátricos y Derecho (responsabilidad penal, internamiento, incapacitación)*. Barcelona. Ed. Atelier 2008.
63. KASER, Max: *Derecho Romano Privado*. Traducción Por SANTA CRUZ TEIJEIRO, José, en Alemana 1982 versión directa de la 5ª edición alemana, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1982.
64. LUBÉN BARTHE, Paloma García. *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencia físicas. Análisis del procedimiento actual y del previsto en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Ed. COLEX, 1999.
65. LÓPEZ DE TOVAR, Gregorio. (Glosadas) *Las Partidas Afonsinas*, Partida VI, 16,2. Ed. Madrid, 1878.
66. LUBÉN BARTHE GARCÍA, Paloma. *El proceso de Incapacitación por Enfermedades o Deficiencias Físicas o Psíquicas, Análisis del Procedimiento Actual y del Previsto en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes, 1999.
67. LÔBO, Paulo. *Familias*. Sao Paulo. Ed. Saraiva. 2009.
68. LÓPEZ GUERRA, Luis: *Constitución Española*. Madrid. Ed. Tecnos, 2008.
69. LÓPEZ CALAZA, Sonia: *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid, Ed. Iustel, 2007.

70. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *El Ministerio Fiscal Español – Principios Orgánicos y Funcionales*, Madrid, Ed. COLEX, 2001.
71. LUÍS GUTIÉRREZ CALLES, José: *La Guarda del Enfermo Mental: Deberes y Responsabilidades, (con formulario para facilitar el ejercicio de funciones tutelares)*. Madrid. Editorial DYKINSON. 2004,
72. MATA RIVAS, Francisco. Con la colaboración de FORRADELAS CAVERO, Gerardo. *Ley 1/ 1996 - Orgánica de Protección Jurídica del menor* , Madrid, Ed. COLEX, 1997.
73. MARIANO YZQUIERDO, CRISTÓBAL VALDÉS y otros.: *Estudios sobre Incapacitación e Instituciones Tutelare*, Madrid, Ed. ICAI, 1881.
74. MARTIN GRANIZO, Mariano: *La incapacitación y figuras afines*, Madrid, COLEX, 1987.
75. MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *El Contrato de Alimentos, formularios y recopilación de jurisprudencia*. Madrid, Ed. DYKINSON, 2007.
76. MARTÍNEZ GALLEGO, Eva Maria:
 - *La Rendición de Cuentas en el Código Civil, con Especial Examen en la Tutela*. Madrid. Editorial Dykinson, 2003.
 - *Protección Jurídica de los Mayores*. Otros autores. Ed. La ley. 2004.
 - *Menores: Instituciones de Protección y Responsabilidad*. Coordinación. Murcia, Ed. Fundación Diagrama, 2004.
77. MARTÍNEZ SAURA, Luis Fernando: *Incapacitación y Tuición*. Madrid. Ed. Tecnos. 1986.
78. MARTÍNEZ ORTEGA, Juan Carlos. *El Contrato de Alimentos, Formularios y Recopilación de Jurisprudencia*, Madrid, Ed. DYNKINSON, 2007.
79. MARTINS SALGADO, José: *Preparaçao à Filosofia*. Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Ed. Globo. 1973.
80. MELO BRAGA TAPAI, Gisele y otros. *Nuevo Código Civil Brasileño* (ley 10.406, de 10 de enero de 2002). Sao Paulo. Ed. Revista dos Tribunales, 2003.
81. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos. *Comentarios al Código Civil*, dirigido por Andrés Domínguez Luelmo y otros, Valladolid, Ed. LEX NOVA, 2010.

82. MERCATO CABRERA, Rafael. El Proceso de Incapacitación, Madrid, Ed. McGRAW-HILL, 1998.
83. MIRANDA, PONTES: *Tratado de Direito de família* . Actualizado por Vilson Rodrigues Alves. Sao Paulo. Ed. Booksellu. 2001.
84. MOLINA SERRANO, Alberto: *la Remoción del Tutor*, Burgos, Ed. Amábar, 1999.
85. MONTEIRO DE BARROS, Washington. *Curso de direito civil - Direito de família*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1976.
86. MONTENEGRO FILHO, Misael: *Curso de Direito Processual Civil*, Sao Paulo, Ed. Atlas, 2006.
87. MORAES, Alexandre: *Constitución Brasileña*. Sao Paulo. Ed. Atlas, 2006.
88. MORAJA, Arturo: *la incapacitación, la Tutela y sus formularios*. Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
89. MOREIRA BARBOSA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. FORENSE, 2000.
90. OLLER NADAL, Nacís. *La incapacitación*, Barcelona, Ed. Bosch, 1999.
91. ORTEGA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El Contrato de Alimentos. Formularios y Recopilación de Jurisprudencia, Madrid, Ed. DYKINSON, 2007.
92. PANERO GUTIERREZ, Ricardo: *Derecho Romano*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 3ª Edición. 1997.
93. PEIX PÉREZ D'ORS, Álvaro:
 - *Derecho Privado Romano*. Pamplona. Primera edición en 1968. Editorial y Ediciones Universidad de Navarra. 2004.
 - JUSTINIANO: *El Digesto*. Tomo II, libro 27, versión castellana por Álvaro D'ors y otros. Pamplona. Editorial Arazandi, 1972.
 - Instituciones / Gayo: Texto latino con una traducción de Álvaro D'ors. Madrid. Instituto Francisco de Vitoria, 1943.
94. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *El Anteproyeto Del Código Civil Espanol (1882 -1888)*. Consulta hecha solo en los artículos referentes a la tutela. Consejo General de Notariado. Madrid. 2006.

95. PEREZ ALONSO, Maria Antonia: *La Incapacidad Temporal*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 1995.
96. PÉREZ MARTÍN, José Antonio y otros: El Internamiento o Ingreso de Personas Mayores en Centros Geriátricos. *Protección Jurídica de los Mayores*. Madrid. Ed. La ley. 2004.
97. PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1955.
98. QUINTUS SCAEVOLA, Mucius. Código Civil comentado y concordado extensamente por Francisco Ortega Lorca. T. V, Consejo de familia, emancipación y mayor de edad, registro del estado civil, Madrid, ed. Reus, 1943.
99. RAMOS, ARIAS J y BONET ARIAS, J.A: Derecho Romano. Tomo II Obligación. Familia. Sucesiones. 18ª Edición. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. 1997.
100. RASCÓN GARCÍA, César y GARCIA GONZÁLEZ, José María: *Estudio Preliminares, Traducción y Observaciones de la Ley de las XII Tablas*. Madrid. Edit. TECNOS, 3ª edición, 2003.
101. RIVAS MATA, Francisco. *Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor – Legislación Estatal, Internacional y de las comunidades autónomas concordancias. Jurisprudencia. Comentarios*. Madrid. Ed. COLEX, 1997.
102. ROCA TOLDRÁ, María Dolores: *La Anulabilidad por Causa de Incapacidad, Reflexiones en torno al artículo 1304 del Código Civil*. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch, 2006.
103. RODRÍGUES AMUNÁTEGUI, Cristina: *Incapacitación y Mandato*. Madrid. Ed. La Ley, 2008.
104. ROSASCO MEJÍA, Rosalía: *Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: La penúltima voluntad*. Lima. Ed. Grijley, 2009.
105. RUIZ FÁBRIGA, Cristóbal Y Puentes Heredia, Mercedes. *Protección Legal de incapaces*, Madrid, Ed. COLEX, 1998.
106. SANTOS CORONAS GONZÁLEZ, M: *Manual de Historia del Derecho Español*. Valencia. Tirant Lo Blanch. 1996.
107. SANTOS MORÓN, María José. *El Supuesto de Hecho del Internamiento Involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
108. SANZ MARTÍN, Laura: *La Tutela del Código Civil y su Antecedente Histórico la Tutela Romana*. Madrid. Ed. DYKINSON. 1998.

109. SCHREIBER, Anderson: *Nuevos Paradigmas da Responsabilidade Civil, da Erosión de los Filtros de la Reparación a Disminución de los Daños*. Sao Paulo - Brasil. Ed. Atrás. 2006.
110. SERRANO MOLINA, Alberto. *La remoción del Tutor*. Madrid. Ed. Amábar , 1999.
111. SERRANO GARCÍA, Ignacio. Protección patrimonial de las personas con discapacidad, tratamiento sistemático de la ley 41/2003. Madrid, Ed. Iustel, 2008.
112. SEVA RIVES, José María: *Proceso sobre la capacidad de las personas*, Madrid, Ed. LA LEY, 2009.
113. TEJERO HERNANDEZ, Jorge Francisco. *Lecciones de Derecho Romano*, Madrid, Ed. Darro, 1977.
114. THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de Direito Precessual Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.
115. VALAVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*. Valladolid. Ed. Cuesta. 4ª edición, 1938
116. VELASCO ABELLÁN - Coordinación general de Francisco Hernández Tejero-Gayo, *Instituciones*. Madrid, Edit. Civitas, 1985
117. VENOSA, Sílvio de Salvio. *Direito Civil: direito de família*. 4.ed., São Paulo, Atlas, 2004.
118. VIDE ROGEL, Carlos. *Derecho de la Persona*. Madrid, Ed. Reus, 2008.
119. WIEACKER, Franz: ***El Principio General de La Buena Fe***. Por José Luis Carro, Madrid, Ed. Civitas, 1977.
120. TESÓN VIVAS, Inmaculada: *La Protección Económica de la Discapacidad*. Barcelona. Ed. Bosch, 2009.
121. TORRES MATEOS, Miguel Ángel: *Adopción y Acogimiento de Menores*. Navarra, Ed. Arazandi, 2007.
122. ZAMORA, Elena y otros. *El Diccionario Práctico del Estudiante* - versión especialmente preparada para hispanoamericana del estudiante de la Real Academia Española. Ed. Santillana ediciones generales. Barcelona. 2007.

ARTÍCULOS

1. ALONSO SERRANO, Eduardo: Comentario al Código Civil, los artículos 199 a 330 Coordinado por SIERRA GIL DA LA CUESTA, Ignacio. Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
2. ASTORGA GATJENS, Luís Fernando. Artículo publicado en esta dirección: <http://blig.ig.com.br>, en 30/01/2009 bajo el título: *Situación de las Personas con Deficiencia en América Latina y no Caribe*.
3. CANTERO GARCÍA, Gabriel. *Los principios de la nueva normativa de la Tutela*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Estudios sobre la Tutela
4. DÍEZ PICAZO, Luis. *Nota sobre la institución Tutelar*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
5. DÍAZ ALABART, Silvia. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: Fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*.
6. ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: “El nuevo Contrato de Alimentos Estudio Crítico de Sus Caracteres”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*.
7. ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2005): *El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Revista Jurídica del Notariado, enero-marzo, 2005
8. FIGUEIRAS, Emilio. Periodista, psicólogo, pos-graduado en educación y Doctor en psicoanálisis. *Personas con Deficiencia y su Realidad en las Estadísticas Brasileñas. Psicología y Deficiencia*. Artículo publicado en la dirección www.planetaeducacao.

9. FREIXES, Teresa y otros: artículo publicado sobre el título: *Legislación y Jurisprudencias Europeas sobre los Incapaces Psíquicos*. Revista Minusválidos Psíquicos Derechos del Hombre. Barcelona. Ed. J.M. BOSCH . 2003.
10. GALLARDO FERNÁNDEZ, ÍÑIGO. En: *La Aportación de un bien con reserva de dominio o prohibición de Disponer a un Patrimonio Protegido o a un Contrato de Alimentos*. Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad, Madrid, Ed. La Ley, 2006.
11. GALIACHO PERONA, J. L. en José Pérez de Vargas Muñoz: *La Aportación al patrimonio Protegido Mejor Con Dinero*. La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad. Madrid, Ed. La Ley, AÑO
12. GARCÍA HERRERA, Vanessa. (2011): “Discapacidad y derecho a una vivienda digna y adecuada. La protección del derecho a la vivienda en el ámbito sucesorio”, en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*.
13. GARCIA SERRANO, Ignacio. En: La protección jurídica del Discapacitado. I Congreso Regional. Ed.: TIRANT LO BLANCH. Valencia. 2003.
14. GIL RODRIGUEZ, Jacinto: *La tutela como garantía del bienestar da las personas incapacitadas y del respecto a sus derechos*. Revista del poder judicial, nº 81, 2006.
15. GOMES FORTE MIRANDA, Marilia y otros. *Estimativa de Entradas de Jubilaciones por Invalidez, Comparación con las Principales Tablas Utilizadas por el Mercado Providencial Brasileño*. Materia publicada en esta dirección www.iadb.org/sds/doc/soc, del Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.
16. GONZÁLEZ ZAPATERO, Rafael. *Antecedentes y trámite parlamentario de la ley 13/1983*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Reus, 1986.
17. HERON, Robert y Murray, Barbara: *Cómo Ayudar a las Personas Discapacitadas a Encontrar un Empleo*. Organización Mundial del trabajo. 2003. Consulta hecha a través de www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2003.
18. JANEIRO BELLO, Domingo. “Una Mirada Crítica sobre la Regulación de la Auto/tutela”, en *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*.

19. JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel. *Reflexiones sobre adopción y homosexualidad*, en “Menores: Instituciones de Protección y Responsabilidad”, Martínez Gallego E. M. (Coord.)

20. LLAMAS POMBO, Eugenio. La tipificación del contrato de alimentos. En *Protección Jurídica de los Mayores*, Madrid, Ed. La Ley, 2004.

21. LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: LA ESTERILIZACIÓN DEL DEFICIENTE PSÍQUICO, en *La Protección Jurídica del Discapacitado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

22. LEÑA FERNÁNDEZ, RAFAEL:

- Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003. En *Discapacitado, Patrimonio separado y Legítima*, Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2006.

-Posibilidades en Materia Sucesoria que, en favor de la persona con Discapacidad, ofrece la Ley 41/2003. En: *Los Derechos de las personas con Discapacidad*. Madrid, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2007.

23. SEVILLA BUJALANCE, Juan Luís: *Persona, personalidad jurídica, nasciturus y derecho civil español*. Publicado el 02/01/2010 por el centro de estudios jurídicos Tomas Moro, actualizado el 24/01/2010 en la siguiente dirección electrónica [www. iustitiae.Tomas-moro.org](http://www.iustitiae.Tomas-moro.org).

24. MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. (2004) *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela en Protección jurídica de los mayores*, Madrid, Ed. La ley.

25. MARTÍNEZ GARCIA, Manuel Ángel. *Apoderamiento Preventivo y Autotutela*, en *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*, Madrid, Ed. Civitas, 2000.

26. MORETÓN SANZ, M^a. F: Protección Civil de la discapacidad: Patrimonio Protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal, RCDI, núm. 687, enero- febrero 2005.

27. PEREÑA VICENTE, Montserrat: “La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima ¿Piedra Angular del Sistema de Protección de los Incapacitados?”, en *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Ed. La Ley, 2011.

28. ROBLES RODRÍGUEZ, Federico: Una perspectiva histórica. En la: protección jurídica del Discapacitado. I Congreso Regional. Ed: TIRANT LO BLANCH. Valencia. 2003
29. ROCA GUILLAMÓN, Juan. El vitalicio. Notas sobre el contrato de alimentos en el código civil (Ley 41/2003). En Estudios de Derecho de obligaciones, Madrid, Ed. La Ley, 2006.
30. SANTANA CARVALHO, Anne Giselle. Investigación Referente al uso del Banco de Datos sobre la Persona Portadora de Deficiencia, en Brasil. Brasilia, 2004. Materia publicada del Instituto Brasileño de Geografía e Estadística (IBGE). En esta dirección www.iadb.org/sds/doc/soc.
31. SÁNCHEZ MONTOYA, Rafael. Secretario general Redespecial. Artículo intitulado: *Tic y Discapacidad en América latina y el Caribe*. Consulta hecha en esta dirección: plataforma.cep.marbellacoin.org.
32. SANTOS PUGA GÓMEZ: *Intervención del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de Incapacidad*. Publicado en 14 de Juno de 2007 por Arazandi. Consulta hecha en la dirección www.arazandi.es.
33. SEGURA ZURBANO, José María : “La Auto-Incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacitación”, en: *Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima*.
34. SERRANO GARCIA, Ignacio:
 - *Discapacidad e Incapacidad en la Ley 41/2003 de 18 de noviembre*, en Revista Jurídica del Notariado, octubre-diciembre, 2004.
 - La extinción del mandato. Modificación del artículo 1732 del Código Civil, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez* edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Diciembre, 2006.

35. SESMA URZAIZ, María Victoria: *La estructura de la tutela y su evaluación histórica*, en Revista General de legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus. Madrid, 1986.
36. TABOADA, GÓMEZ Jesús. “Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento: Breves consideraciones desde la perspectiva notarial”, en *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*
37. URBANEJA, SANTOS Fernando. *Fenómenos recientes producidos en el mundo de la discapacidad y su trascendencia jurídica*. En Discapacitado, Patrimonio Separado y Legítima. Madrid, Ed. LERKO PRINT, 2006,
38. URZAIZ SESMA, María Victoria. *La estructura de la Tutela: su evolución histórica*, en Revista general de Legislación y Jurisprudencia, Ed. REUS.
39. VARGAS CABRERA, Bartolomé: Aspectos civiles y procesales de la discapacidad, en *la protección jurídica del discapacitado* (Vol. Col. Coordinado por SERRANO GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
40. VARGAS MUÑOZ, José Pérez. Las Reformas Del Derecho Español En Materia de Autotutela y de Poderes Preventivos. En La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad. Madrid, Ed. La Ley,

JURISPRUDENCIA

1. Audiencia Provincial de Ávila – Sentencia núm. 164/2002 de 5 de Julio. JUR/2002/228867.
2. Tribunal de Justicia de Sao Paulo - apelación civil – 181471-1, el 15-04-1993, 5ª Câmara - Rel. Marcus de Andrade.
3. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) – Sentencia núm. 646/2004 de 30 de Junio – RJ/2004/4283.
4. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 28-02-2006. SepinNET revista – persona y familia, octubre 2007, nº 70. pág.28.

5. AP - Málaga, Sección 5ª. , 15-9-2005. SepinNet revista – Persona y Familia – Jurisprudencia al detalle: La incapacidad; causas, extensión y procedimiento. Pág. 18.
6. Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 18ª, 6-7-2006, SP/SENT/104231. SepinNet revista – Persona y Familia – *Jurisprudencia al detalle: La incapacidad; causas, extensión y procedimiento*, pp. 32-33
7. Tribunal de Justicia de Sao Paulo, 10ª Câmara de Direito Privado, Recurso de apelação cível nº 990.10.128662-9, 12-04-2011. Ver <https://esaj.tjsp.jus.br>
8. Tribunal de Justicia del Rio Grande del Sul. Apelación núm. AC. 70041255126 en fecha de 12-05-2011.Consulta hecha en el site www.jusbrasil.com.br.
9. Apelación Civil ,7ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul. Recurso de apelación núm. 70039587910, 08 – 06 -2011. Ver, www.jusbrasil.com.br.
10. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 14/06/2011, apelación civil núm. 700 432 944 64. Comarca de Nova Hamburgo. Consulta hecha en la dirección www1.tjrs.jus.br
11. Tribunal de Justicia de Minas Gerais – apelación núm. 198.555-5/00 el 08-03-2001.
12. Superior Tribunal de Justicia – Conflicto de competencia núm. 101.401 – SP (2008/0266015-4) el 10-11-2010.
13. Tribunal de Justicia de Santa Catarina. Agravo de Instrumento núm. 2011.059549-3 – Municipio de Lages – Santa Catarina, 26 de enero de 2012.
14. TS. Sala de lo Civil. Sección 1ª, 29-04-2009. Trata sobre la incapacidad: compatibilidad de la normativa legal con los principios de la Constitución Española y de la Convención de Nueva York de 2006, ratificada por España sobre los derechos de las personas discapacitadas. Recurso de casación núm. 1.259/2006.
15. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, 14-3-2006. Revista SepínNETrevista. Persona y familia, octubre 2007. Nº 70.

16. Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Apelación civil núm. 9068467-87.2007.8.26.0000. 8ª Câmara de Derecho Privado en 27-04-2011.
17. Tribunal de Justicia de Sao Paulo. Apelación civil núm. 990.10.138230-0. 6ª Câmara de Derecho Privado en 12-09-2010
18. TJSC. 1ª Cámara de Derecho Civil de Santa Catarina, 09-10-2007. Apelación Civil núm.2007.016743-5. Consulta hecha en la dirección www.cc2000.com.br/jurisprudencia
19. AP de Sevilla (Sección 6ª) Recurso de apelación núm. 1145/1998, Auto de 14 de junio de 1999/851. Decisión investigada en el site www.westlawes.es
20. Audiencia Provincial de Álava, Sentencia núm. 333/2010 de 29 junio. JUR 2010\409877.
21. AP – Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª). Sentencia núm. 257/2000 de 6 de Junio. JUR 2000/282699
22. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de Julio de 1994. (BOE, núm.197, de 18 de agosto de 1994) dictada ante el recurso interpuesto sobre el antiguo art. 428 del Código penal. En su redacción dada por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, por la que autoriza la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica, comparado con el art. 15 de la Constitución Española
23. Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General núm. 0001301/2009, Juzgado de 1ª Instancia nº 008 de Salamanca, Auto nº 84/2010 de cinco de marzo de 2010.
24. Proceso de Jurisdicción Voluntaria. General 0000677/2011 7, Auto núm. 205/2011, 25 de mayo de 2011, juzgado de primera Instancia núm. 8 de Salamanca.
25. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Auto núm. 167/2006 de 4 julio.
26. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª). Sentencia núm. 502/2008 de 30 abril AC 2008\1429.
27. Tribunal Constitucional (Sala Primera) .Sentencia núm. 7/2011 de 14 febrero RTC 2011\7.
28. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia de 5 febrero 2003. JUR\2003\141063.

29. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 7/2011 de 14 febrero RTC 2011\7.
30. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 681/2004 de 7 julio RJ 2004\5104
31. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª). Sentencia núm. 445/2007 de 19 junio AC 2007\2052
32. Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª). sentencia núm. 177/2004 de 14 mayo JUR 2004\ 180963.
33. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18º). Auto núm. 56/2006 de 01 de marzo de 2006.
34. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 585/2009 de 9 noviembre. JUR\2010\45056.
35. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia de 31 mayo 2002. JUR\2002\209348
36. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1155/1995 de 30 diciembre. RJ\1995\9664.
37. Audiencia Provincial de Ávila. Sentencia núm. 48/2002 de 1 marzo. AC\2002\849.
38. Juzgado de Primer Instancia de Salamanca nº ocho – Procedimiento núm. 1277, año de 2009.
39. Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª). Sentencia núm. 659/2004 de 30 noviembre, JUR\2005\46093.
40. Audiencia Provincial de Huesca (Sección Única). Sentencia núm. 19/2001 de 23 enero.
41. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 610/2005 de 15 julio. RJ\2005\6531.
42. Audiencia Provincial de Guadalajara. Sentencia núm. 115/2002 de 22. Marzo JUR\2002\119405
43. Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 129/2006 de 13 marzo JUR\2006\237224

44. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª). Sentencia núm. 36/2005 de 9 de Febrero.
45. Audiencia Provincial de Mallorca. Sección 4ª, 17-04-2001.
46. Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª). Auto núm. 31/2005 de 12 abril JUR 2005\143648.
47. AP Valencia, Sec. 10ª. , 17-11-2005. SP/SENT/87936.
48. Sentencia de la AP de Valladolid núm.178/2006 (Sección 1ª), de 9 de Junio. Colección Jurisprudencia: Familia – Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007, Pág. 73.
49. Sentencia de la AP de Badajoz núm. 79/2006 (Sección 3ª), de 17 de abril (JUR 2006, 163555). Colección Jurisprudencia: Familia – Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007, p. 227.
50. Juzgado de 1ª Instancia de Número 6 de Córdoba, en los Autos 407/1992, de fecha 7 de Junio de 1999.
51. Juzgado de Primera Instancia. N. 8 de Salamanca. Procedimiento: Tutela 0000866/2011.
52. Sentencia de la AP de Toledo, núm.47/2006 (Sección 1ª), de 18 de Mayo. Colección Jurisprudencia: Familia – Tutela, Curatela, Guarda de Menores o Incapacitados y Defensor Judicial, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007, pág. 200.
53. Tribunal de Justicia de Sergipe - Apelación Civil núm. 2108/2012, el 04 de Junio de 2012.
54. Tribunal de Justiça de Sao Luís do Maranhao. Apelación Civil: 002475 – 2006 (1ª Câmara Cível), 27/07/2006. Investigación hecha en el site: jusbrasil.com.br
55. Tribunal de Justicia de Santa Catarina, Apelación Civil – AC 413964 SC – 2011- 041396-4, Desembargador Relator: Jorge Luis Costa Beber, 2012-01. Comarca de Xaxim.
56. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMARCA DE SAO PAULO. Processo: AI 4112753220108260000 SP Relator(a): José Roberto Bedran, Agravo de Instrumento núm.: 990.10.441275-3, agravante: R.H.D.P, Agravados: J. D. J y D. D. P. de 15 de Marzo de 2011.

57. Tribunal de Justicia del Distrito Federal. 2ª Turma Civil, agravo de instrumento núm. 2007.00.2.001595-4, en fecha de 22 de agosto de 2007

58. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo núm.1.0525.07.1091100 -9/ 001. Relator: Belizário de Lacerda, 7ª turma Cível, 15 de enero de 2008.
59. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível núm. 70039382775, 8ª Câmara Cível. En 09-12-2010.
60. Tribunal do Distrito Federal - 4ª turma del Civil, proceso núm. 20040310037886 APC de 13 de Marzo de 2009.
61. Tribunal de Justiça do Pará – Câmara Cível Isolada, agravo de instrumento, proceso núm. 2008.3.002657-9, en 30 de marzo de 2009.
62. Tribunal de Justiça de Sao Paulo. Agravo de Instrumento núm. 70044485571, en 19-10-2011.
63. Tribunal de Justicia de Sao Paulo - 7ª Câmara de Direito Privado, Processo Núm. AI 438217420118260000 SP 0043821-74.2011.8.26.0000 de 31-08-2011.
64. Juzgado de Primera Instancia número 008 - Salamanca. Proceso número 1002/2011. Sentencia núm. 35/12 de 13 enero/2012.
65. Tribunal de Justicia de Sao Paulo – apelación civil núm. 0123875-85-2006 – el 24 de abril de 2012.
66. Tribunal de Justicia de Sao Paulo - 4ª Câmara Civil, Agravo de Instumento Núm. 0310179 -37.2011. 8.26.0000 el 10 de Mayo de 2012.
67. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda 141/2012, de 2 de Julio de 2012.
68. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). Sentencia núm. 273/2003 de 7 noviembre. JUR\2004\4751.
69. Hacienda Tributaria de Navarra. Resolución núm. 1774/2008 de 7 octubre. JUR\2008\365598.
70. Dirección General de Tributos (Consulta vinculante). Resolución núm. 131/2005 de 2 febrero. JUR\2005\79588.

71. Dirección General de Tributos (Consulta vinculante). Resolución núm. 1586/2009 de 2 julio. JUR\2009\398832
72. Dirección General de los Registros y del Notariado (Civil). Resolución núm. 1/2009 de 4 abril. JUR\2010\295875.
73. Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª). Sentencia núm. 650/2007 de 13 noviembre. AC\2008\277
74. Juzgado de 1ª Instancia nº 008 de Salamanca. Procedimiento: Enajenación de bienes de menores e incapacitados: 0000225/2010-1. 19-02-2010.
75. Auto 00625/2010. Sentencia de 21 de junio de 2010, Juzgado de Primera Instancia de Valladolid.
76. Auto núm. 215/2010 en 25- 05 - 2010. Tutela 0000464/2010. Juzgado de 1ª Instancia núm. 008 de Salamanca
77. Juzgado de 1ª Instancia nº 008 de Salamanca. Sentencia núm. 235/2011. Proceso de Incapacitación 0001309/2010-6
78. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia núm. 108/2005 de 14 junio.
79. Audiencia Provincial de La Coruña. Sentencia núm. 407/2007 de 14 de noviembre AC 2008/278.
80. Auto nº 289/2010. Juzgado de 1ª Instancia nº 008- Salamanca, 09 -07 -2010
81. Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª). Sentencia núm. 414/2005 de 6 octubre.
82. Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª). Sentencia núm. 214/2007 de 9 octubre.
83. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 3/2008 de 30 enero.
84. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3ª). Sentencia núm. 122/2004 de 23 diciembre. JUR\2005\104824
85. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª). Sentencia núm. 149/2007 de 23 abril. JUR\2007\211485.
86. Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, Auto de 2 Oct. 2008, rec. 57/2008.
87. Audiencia Provincial de Lleida (Sección 2ª). Sentencia núm. 283/2009 de 17 julio JUR 2009\464585.

LEGISLACIÓN:

- 1- Ley de las XII tablas.
- 2- Las Partidas Afonsinas. Partida VI.
- 3- Ley española 39/2006, de 14 de diciembre - Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- 4- Ley española 41/2003 de 18 de noviembre - Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.
- 5- Ley brasileña 8.069 de 13 de Julio de 1990 - Estatuto da Criança e do adolescente.
- 6- Ley General de Seguridad Social española - Real Decreto Legislativo de 1/1994 de 20 de Junio.
- 7- Ley 8.213/91 de 24 de julio - Seguridad Social Brasileña,
- 8- Ley Española 13/1982 de 7 de abril - Integraciones Sociales de los Minusválidos.
- 9- Código de Proceso Civil brasileño - Ley 5.869 de 11 de enero de 1973.
- 10- Código Civil Español - Ley 11 de Mayo de 1888 y sus modificaciones.
- 11- Código Civil Brasileño - Ley 10.406 de 10 de enero de 2002.
- 12- Ley de Enjuiciamiento Civil Española - 1/2000 de 7 de enero.
- 13- Ley 50/1981 de 30 de diciembre - Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal español.
- 14- Ley Complementar núm. 132 de 7 de octubre de 2009 - Dispone sobre la organización de la Defensoría Pública en Brasil.
- 15- Ley 10.216 de 04 de junio de 2001 - Alienación mental y reforma psiquiátrica en Brasil.

REVISTAS

Revista general de legislación y jurisprudencia, Madrid, Ed. Reus, enero/feb. 1999.

GONZÁLEZ ZAPATERO, Rafael. (1986): *Antecedentes y trámite parlamentario de la ley 13/1983*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Reus,

CANTERO GARCÍA, Gabriel. *Los principios de la nueva normativa de la Tutela*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Estudios sobre la Tutela

SepinNETrevista – Persona y familia – Jurisprudencia al Detalle – La incapacidad – causas, extensión y procedimiento. Ed. Sepín. Octubre 2007. Nº 70 – Familia.

La protección Jurídica de Discapitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales. Seminario organizado bajo la presidencia por el Consejo General de Notariado bajo la Coordinación de Rafael Martínez Díe. Madrid, Ed. Civitas, 2000.

Revista Jurídica do Tribunal do Ceará, Fortaleza, Vol. 14, pág. 11-24. Tribunal de Justicia del Ceará, Recurso de apelación núm. 99.01367-0 en 24-03-2001.

Revista de la Fundación Tutelar TAU - La Persona con Retraso Mental, Incapacitación, Tutela, Matrimonio, Esterilización, Testamento. Artículo de autoría del notario LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael. *El Testamento en Caso de Incapacidad*.