



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

Alumno: PATRICIA ORTUÑO ÁVALOS

INDICE

1.RESÚMEN.....	3
ABSTRACT	3
2.INTRODUCCIÓN.	4
3. CONCEPTO DE INCAPACITACION.....	4
4. CAUSAS DE LA INCAPACITACIÓN.....	5
5. LA CAPACIDAD PROCESAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: HACIA SU RECONOCIMIENTO AMPLIO Y EFECTIVO.....	6
5.1 LA COMPARECENCIA JUDICIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	6
5.2 LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD PROCESAL DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS	8
6.LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS	12
6.1.INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTO LEGAL	12
6.2. DILIGENCIAS PREPROCESALES.....	12
6.3. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD	14
<i>El impacto en nuestra legislación de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las personas con discapacidad.....</i>	<i>14</i>
6.4. INTERNAMIENTOS	17
7. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS	23
7.1 EN QUÉ OCASIONES ES NECESARIO MODIFICAR LA CAPACIDAD	23
7.2. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR AUTOGOBIERNO.....	24
7.3. ASPECTOS A LOS QUE NO ALCANZA LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.	24
7.4. CAPACIDAD. CAUSA Y MOTIVO DE LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD	24
7.5. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD	26
7.6. MEDIDAS CAUTELARES	29
7.7. LA REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	32
8.ESPECIALIDADES PROBATORIAS EN LOS PROCESOS DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.	33
8.1. APORTACION PROBATORIA DE OFICIO POR EL TRIBUNAL.	33
8.2 INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE PROBATORIA	34
8.3 PRUEBAS OBLIGATORIAS	35
8.4. PROBLEMAS QUE PRESENTAN EN LA PRAXIS LA PRÁCTICA DE DICHAS DILIGENCIAS PROBATORIAS.	38
9. CONCLUSIONES.....	39
10.BIBLIOGRAFIA	40

1.RESÚMEN

El siguiente trabajo, trata sobre el proceso de incapacitación definido como la privación de la capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas fijadas en la Ley.

A lo largo del trabajo se va a contemplar diferentes aspectos importantes que se deben tener en cuenta. Comenzaremos definiendo que es la incapacitación y sus causas y la capacidad que tienen tanto los niños como los adolescentes.

Analizaremos la capacidad que pueden llegar a tener los menores emancipados y las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de la misma. Continuaremos hablando sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de determinación de la capacidad de las personas y el procedimiento de modificación judicial de la capacidad de obrar de las personas. Aspecto muy importante, ya que con el paso de los años aumenta el número de personas que intentan llevar a cabo la modificación de la capacidad de las personas más cercanas.

Además, haremos mención a la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de internamiento urgente, destacando que la modificación de la capacidad no proporciona ventajas para ello y que solo se considera modificada la capacidad cuando así lo establezca una sentencia firme. Por último haremos mención a la fase probatoria que debe darse en el proceso de incapacitación.

PALABRAS CLAVES: Modificación, capacidad, partes del proceso, procedimiento, intervención.

ABSTRACT

The following work deals with the incapacitation process defined as the deprivation of the ability to act to a physical person, in principle capable, by sentence, for causes set forth in the Law.

Throughout the work you will contemplate different important aspects that must be taken into account. We will begin by defining what incapacitation is and its causes and the capacity that both children and adolescents have.

We will analyze the capacity that emancipated minors can have and the necessary conditions for the effective exercise of it. We will continue talking about the intervention of the Public Prosecutor in the process of determining the capacity of the persons and the procedure of judicial modification of the capacity to act of the persons. Very important aspect, since over the years the number of people trying to carry out the modification of the capacity of the closest people increases.

In addition, we will mention the intervention of the Public Prosecutor in the urgent detention procedures, noting that the modification of the capacity does not provide advantages for this and that only the capacity is considered modified when this is established by a final judgment. Finally we will mention the evidentiary phase that must occur in the incapacitation process.

KEY WORDS: Modification, capacity, parts of the process, procedure, intervention.

2.INTRODUCCIÓN.

La principal finalidad de este estudio estriba en el análisis de todas aquellas fases que configuran el proceso de incapacitación de las personas, destacando especialmente las particularidades del mismo y las dificultades que pueden surgir durante su tramitación, debido especialmente al objeto del proceso.

El estudio de dicho tema comienza definiendo que son las partes procesales y su capacidad. Posteriormente vamos analizando el procedimiento para la determinación de la capacidad y analizaremos las intervenciones que se producen para llevar a cabo una modificación de la misma. Se tratará, además, las diferentes medidas que pueden optarse cuando se produzca modificaciones en la capacidad, como puede ser el internamiento.

3. CONCEPTO DE INCAPACITACION.

Nuestro punto de partida es el concepto de incapacitación y de incapaz. Para comenzar a definir dicho concepto es necesario tener en cuenta que nuestro sistema considera la capacidad del mayor de edad. Por ello, se puede decir que el mayor de edad esta capacitado para llevar a cabo todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones que podemos contemplar en el código civil.

Por tanto, podemos definir la incapacitación como la privación de la capacidad de obrar de una persona, inicialmente considerada capaz, reafirmado por una sentencia y por las causas establecidas en la ley y cuya principal consecuencia es la limitación de la capacidad de obrar y la subordinación a tutela o curatela.

Por ello, la incapacitación va a suponer una privación de la capacidad de obrar de la persona, que afecta a los principios constitucionales como puede ser el principio de igualdad.

Debido a esto, la regulación debe tener siempre presente las garantías que requieren los derechos fundamentales de la persona.

Para llevar a cabo la incapacitación de la persona es necesario la incoación de un procedimiento.

Un aspecto importante que debemos tener en cuenta es quien puede llegar a promover dicha situación. Las personas que pueden promover la declaración de incapacidad puede ser el presunto incapaz, el conyugue o la persona que se encuentre en una situación de hecho comprensible.

Respecto al procedimiento podemos decir que se encuentra regulado en los artículos 756 a 763 de la LEC. En dichos artículos se intenta conseguir la declaración del juez de primera instancia de la incapacidad de una persona para autogobernarse, es decir, para guiarse a si mismo y para administrar sus bienes antes las diferentes adversidades que pueden llegar a encontrarse.

La Ley prevé la existencia de un procedimiento por el que se solicita que, un juez lleve a cabo el examen correspondiente a la persona que se pretende incapacitar.

Además del juez, es necesario conocer la opinión de un medico forense.

Una vez que se ha realizado las pruebas pertinentes, se dictara sentencia declarando a la persona incapaz. También se le asignará una persona que le represente en los actos que el incapaz debe realizar. En el caso de que no se declare a la persona incapaz, este seguirá disponiendo de sus bienes y rigiéndolos y actuando frente al resto.

4. CAUSAS DE LA INCAPACITACIÓN.

Respecto a las causas que pueden provocar la incoación de este procedimiento de incapacitación usamos de referencia el artículo 200 del CC.

Este artículo recoge que las principales causas de incapacitación son:

- Las enfermedades o las deficiencias persistentes que pueden ser de carácter físico o psíquico.
- Y la imposibilidad de la persona para autogobernarse.

Si hacemos referencia a la primera causa (enfermedades o deficiencia persistente) tenemos que aclarar que persistente no se puede considerar permanente. Para considerarlo una causa, basta con que esta enfermedad o deficiencia tenga carácter duradero, es decir, que se prorrogue en el tiempo y provoque que la persona no pueda gobernarse a si misma. Esta enfermedad o deficiencia no debe confundirse con que la persona sufra una dolencia de carácter irreversible o que sea incurable, ya que el procedimiento sería distinto.

Debemos tener en cuenta que la incapacitación, al igual que ocurre con la minoría de edad, no cambia ni modifica la titularidad de los derechos fundamentales que tiene la persona incapacitada, pero si que cambia o gestiona el ejercicio de estos.

Aunque la incapacitación, generalmente esta dirigida a personas que sean mayores de edad, puede darse el caso que la incapacitación afecte a menores de edad en los términos que vienen recogido en el artículo 201 CC, es decir, cuando tenga presencia alguna causa de incapacitación y se considere que puede prolongarse después de que la persona alcance la mayoría de edad.

5. LA CAPACIDAD PROCESAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: HACIA SU RECONOCIMIENTO AMPLIO Y EFECTIVO

5.1 LA COMPARECENCIA JUDICIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Según el derecho civil, el menor de 18 años no está capacitado plenamente para poder ejercer por sí mismo sus derechos, a no ser que este estuviera emancipado. Por ello, solo podría iniciar un proceso judicial y actuar en el a través de la intervención de una persona (1). Una vez que el menor alcance la mayoría de edad, podrá continuar con la tramitación del juicio por el mismo sin necesidad de la intervención de nadie.

Ahora bien, según las normas sobre comparecencia judicial y lo previsto en el Código Civil, en su artículo 162 CC, los menores no emancipados deberán ejercer sus acciones judiciales y actuar en el proceso mediante un representante legal. Suelen ser sus padres, siempre y cuando estos tengan su patria potestad.

En algunos casos esta representación no podría ser posible. Las diferentes situaciones serían:

- Actos relativos a los derechos de la personalidad que el menor, de acuerdo con su madurez, pueda ejercer por sí mismo;
- Conflicto de intereses entre ambos padres y el hijo no emancipado; y
- Actos relativos a bienes que se encuentren excluidos de la administración de los padres.

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que cuando la administración que llevan a cabo los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, se le permite al menor solicitar al juez la adopción de las medidas que estime necesarias para la seguridad de su patrimonio y el recaudo de sus bienes, al igual que para nombrar a un administrador, exigir fianza o cualquier acción necesaria.

Sin embargo, cuando se traten de menores no emancipados que no se encuentren bajo la patria potestad de sus padres, estos contarán con una persona designada para desempeñar las funciones de tutor.

1. Integración de la capacidad procesal de los menores no emancipados

Como hemos explicado anteriormente, el menor que no se encuentre bajo la patria potestad de sus padres, será representado por una persona que actuará como tutor. Sin embargo, puede ocurrir que se generen situaciones en las que el menor no pueda contar con la representación de esas personas. En este caso, será necesario el nombramiento de un defensor judicial o la intervención del MF.

a) Nombramiento de defensor judicial

En primer lugar y según establece el artículo 8.1 LEC (LEY 58/2000) :cuando se trate de personas físicas que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no cuenten con una persona que les represente, el Secretario Judicial nombrará a un defensor judicial mediante decreto que será la persona encargada de la representación y defensa.

De esta manera, el menor no emancipado podrá contar con la representación del defensor, cuya intervención sería necesaria en los siguientes casos:

- Cuando exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo que con el otro progenitor o tutor (si hubiere patria potestad o tutela conjunta) no haya tal conflicto (2).
- Cuando el tutor no tienda a desarrollar sus funciones. Se procederá a la designación de un defensor judicial hasta que se produzca el cese de la causa determinante o se lleve a cabo la designación de otra persona distinta.

Además, el art. 27.3 LJV (LA LEY 11105/2015) establece que no es necesario que el menor solicite habilitación previa para comparecer en juicio, directamente se produce el nombramiento de un defensor judicial para que este pueda litigar contra sus padres.

También existe la posibilidad de nombramiento de defensor judicial para instar expedientes de jurisdicción voluntario, cuando la ley indique que el menor se encuentra habilitado para ello.

El nombramiento del defensor se realizará mediante previa tramitación de expediente de jurisdicción voluntaria, iniciada de oficio. Se considera que la persona competente es el Secretario Judicial del Juzgado de Primera instancia del domicilio o de la residencia del menor. También establece que será competente el Juzgado de primera Instancia que conoce el expediente y que haya exigido el nombramiento del defensor judicial.

b) Representación y defensa del Ministerio Fiscal

El ordenamiento procesal no solo alude que el menor no cuanta con progenitores y tutores, sino que lleva a cabo la asignación de representante judicial.

Además, establece quien está obligado a asumir la representación del menor, hasta que se lleve a cabo el nombramiento del defensor judicial. El nombramiento del defensor judicial, le corresponde al MF.

Así, el art. 8.2 LEC (LA LEY 58/2000) establece que “cuando deba procederse al nombramiento de un defensor judicial para que actúe a nombre del demandado, dicha representación y defensa será asumida por el Ministerio Fiscal hasta que se produzca la designación de aquel”.

Incluso, el MF deberá actuar en representación del menor, cuando este carezca de representante procesal por causa sobrevenida durante el procedimiento.

Con la intervención del MF en la representación de los intereses del menor no emancipado, se intenta evitar la generación de perjuicios como consecuencia de no contar con alguien que ejecute las actuaciones procesales.

Por ello, el MF asegura el derecho a la defensa de las partes cuando el procedimiento ya se ha iniciado y que se encuentra en trámite(3).

b) Habilitación judicial para comparecer en juicio

La Ley 11105/2018 permite que el menor pueda solicitar el poder para poder comparecer en juicio y posteriormente se lleve a cabo el nombramiento del defensor judicial. Esta situación se produce, generalmente, cuando el menor cuenta con alguien que puede representarle en juicio.

Para la defensa de sus intereses, no es posible que esta persona realice las gestiones procesales oportunas, ya sea por no conocer el paradero de esa persona, por no tener conocimiento de su regreso o por negarse a realizar las gestiones pertinentes.

Por tanto, según lo dispone el art. 27.2 LJV (LA LEY 11105/2015), el menor no emancipado podrá solicitar que el tribunal competente lo habilite para comparecer en juicio cuando siendo demandado o siguiéndosele gran perjuicio de no promover la demanda, se encuentre en alguno de los casos siguientes:

- Hallarse los progenitores o tutor ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso,
- Negarse ambos progenitores o tutor a representar en juicio al menor, o
- Hallarse los progenitores o tutor en una situación de imposibilidad de hecho para la representación en juicio.

Esta habilitación podrá ser solicitada por medio de expediente de jurisdicción voluntaria, que le será de aplicación los aspectos anteriores relacionados con el nombramiento del defensor judicial.

Finalmente, respecto al principio de protección de derechos e intereses de menor, cuando se encuentra en necesidad de llevar a cabo la incoación de un proceso y ha solicitado la habilitación de comparecer en juicio, hasta que el defensor judicial acepte el cargo, se paralizan los plazos de caducidad o de prescripción que afecten a la acción.

5.2 LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD PROCESAL DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS

El derecho procesal permite que los menores no emancipados puedan intervenir en los procesos judiciales como partes. Los menores no emancipados están capacitados para iniciar el proceso y para defenderse de las peticiones contrarias. Por ello, provoca la posibilidad de que puedan contar con el derecho a poder conseguir una respuesta judicial racional y que se encuentre fundada a cerca de las pretensiones deducidas(4).

A pesar de esto, la normativa establece que debe establecerse quien debe representar al menor o habilitarlo para que todas las actuaciones procesales que se desarrollen sean válidas. Se establece que la persona que aún no haya alcanzado la adultez, no estará capacitado. Tampoco tendrá capacidad para asumir ni las consecuencias derivadas ni tampoco podrá llegar a comprender la sentencia dictada.

Como inicio, se establece que los niños, niñas y adolescentes no han alcanzado el nivel necesario para llegar a comprender todas las pretensiones y consecuencias que se deriven de formar parte en un proceso judicial. Por ello, se entrega a otra persona el poder de decidir si el menor puede intervenir o no en juicio, como el papel con el que contará el menor en el juicio.

La rigidez de la regulación procesal que permite actuar válidamente en juicio fue objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional en su sentencia 183/2008.

La necesidad de establecer un ámbito de tutela y de protección para los menores, ha provocado que para que el ordenamiento jurídico reconozca capacidad para el ejercicio

procesal es necesario superar el umbral de 18 años de edad. Esta pauta cumple una labor de seguridad jurídica muy importante, al establecer una condición clara y concisa sobre el ejercicio de los derechos y cargas y obligaciones de las personas.

No obstante, una regulación de este tipo limita el reconocimiento del menor como sujeto de derecho y de derechos, tal como se postula a partir de la Convención de los Derechos del Niño(5).

1. Modelos para alcanzar la plena capacidad procesal

El establecimiento de un límite etario fijo para alcanzar la plena capacidad procesal, es solo uno de los modelos posibles regulados.

No hay un sistema perfecto. Las alternativas que se presentan pueden favorecer a reconocer tanto la madurez como la responsabilidad con la que cuentan los menores.

Entre los diferentes modelos para alcanzar la plena capacidad procesal encontramos:

- Fijación legal de un umbral etario,
- Demostración en cada caso de la posesión (o carencia) de las capacidades requeridas, o bien,
- Mezcla de dichos elementos (6).

a) Establecimiento de límites de edad fijos y determinados por disposición legal

Este es el modelo que principalmente ha optado el ordenamiento jurídico español.

Este modelo se basa principalmente, en el aseguramiento por parte de la sociedad, de que el menor cuenta con la protección adecuada, imposibilitando que se reconozcan los rasgos de adultez. Es decir, destaca que el menor no ha alcanzado el grado de madurez y el desarrollo que alcanzan los mayores.

Este sistema provoca un alto nivel de seguridad jurídica, ya que todas las personas tendrán conocimiento de los derechos que son titulares en función de su edad. Además, esta favorece la igualdad entre todas las personas de la misma edad y disminuye los conflictos que pueden existir entre los menores y sus padres.

Pero, la característica principal de este sistema es la excesiva rigidez, destacando que los menores no podrán llevar a cabo el ejercicio de “x” derechos.

b) Eliminación de todos los límites de edad para el ejercicio de los derechos

Este sistema se basa principalmente, en atribuir la titularidad de los derechos a las personas en función de una valoración previa de las capacidades individuales de estos.

El Juez tendrá la responsabilidad de nombrar si el menor está dotado de las capacidades suficientes o no para poder comparecer en juicio.

Este sistema permite dos variantes:

Partiendo del supuesto general de que el menor no cuenta con las aptitudes suficientes para asumir y ejercer los derechos, se le concede la posibilidad de demostrar que ha alcanzado el nivel necesario.

La otra forma consiste en considerar que todos los menores son capaces para obrar y poder actuar en juicio. Es decir, todos están capacitados a no ser que se demuestra que no cuenta con las habilidades y competencias necesarias.

Independientemente de las versiones, debido a la ausencia de regulación legal que establezca un trato diferente de los menores no emancipado, permite a los niños, adolescentes y niñas el poder intervenir en los procesos judiciales sin haber adquirido las habilidades y competencias necesarias. De todas formas, la decisión final recae sobre el juez o secretario, quienes tienen que analizar todos los antecedentes del asunto y pronunciarse sobre el mismo.

Aunque la decisión final la tiene que llevar a cabo un Juez, o secretario, no se puede asegurar que el pronunciamiento sea objeto de un análisis racional y objetivo del sentenciador. Por ello se considera necesario la existencia y participación de los mecanismos jurisdiccionales para controlar la decisión llevada a cabo.

c) Fijación de límites etarios unidos a la posibilidad de demostrar la competencia a una edad más temprana.

Este modelo es el resultado de la suma de los dos anteriores. Por un lado, se sigue manteniendo la regulación que hace referencia a la capacidad procesal, es decir, los menores emancipados solo pueden actuar válidamente mediante representación. De todas formas, el sistema permite el reconocimiento de que el menor cuenta con las habilidades y competencias necesarias para actuar por sí mismo cuando el juez les conceda plena capacidad procesal cuando aún no se ha superado el umbral de 18 años, umbral establecido por la Ley.

Este modelo cuenta con un gran grado de flexibilidad, permitiendo reconocer el grado de madurez y desarrollo del menor de acuerdo a la edad. Este modelo sigue proporcionando un nivel alto de seguridad y protección jurídica hacia los niños, niñas y adolescentes(6).

2. Condiciones para el ejercicio efectivo de la capacidad procesal de los menores

Un aspecto importante a tener en cuenta hace referencia a las condiciones necesarias para que los menores puedan ejercer su capacidad procesal de la mejor manera posible. No solo basta con que ellos puedan comparecer en juicio, sino que también deben de contar con elementos necesarios para ejercer plenamente el derecho que se le reconoce(7).

a) Educación e información sobre los derechos procesales

En primer lugar, los menores tienen que ser conscientes que pueden acudir a los tribunales para hacer efectivos sus derechos. Es necesario que tengan claro cuáles son sus derechos procesales, la forma para ejecutarlos y las consecuencias derivadas de la ejecución.

En este sentido, los niños deben conocer, como mínimo, las características generales de los tribunales y los diferentes procedimientos.

Para poder tener dicho conocimiento, es necesario que cuenten con medios y mecanismos de información suficientes, adaptados a al nivel de desarrollo y madurez de los niños y que cuenten con un lenguaje claro y comprensible para ellos.

Además, podemos resaltar la importancia de que los menores entiendan la naturaleza y los objetivos del proceso llevado a cabo(8).

b) Garantizar el acceso gratuito a la justicia

Tenemos que tener en cuenta los gastos que tiene aparejada el poder acceder a la jurisdicción. Ya que no sirve de nada otorgar capacidad procesal cuando posteriormente cuentan con el obstáculo de los costes asociados.

Respecto a esto último, y según el artículo 119 CE, la justicia será gratuita para todos aquellos que acrediten no contar con recursos suficientes para litigar. Pero, es imprescindible que se establezca que los menores litigantes están exentos de los costes que estos procedimientos judiciales acarrearán. Además, contarán con asesoría y representación legal gratuita, para que los costes no sean un obstáculo para poder acceder a los tribunales.

c) Capacitación de los actores del sistema judicial

Todos los profesionales encargados de intervenir en los procedimientos judiciales en que participen menores de edad (jueces, miembros de la oficina judicial, abogados y procuradores) deben recibir las capacitaciones interdisciplinarias y el entrenamiento adecuado para tratar con menores de edad, a fin de saber comprender correctamente sus peticiones, cumplir con sus requerimientos y, en definitiva, colaborar en hacer efectivos sus derechos procesales.

Además, los profesionales deben de contar con los instrumentos y herramientas necesarias para poder tener una comunicación con el menor lo más simple e entendible, de acuerdo con su nivel de desarrollo y madurez, siempre dentro del ámbito jurídico. Deben evitarse las palabras técnicas que pueden crear incompreensión o confusión en los menores.

d) Adaptación de las normas y del lenguaje empleado en los procedimientos judiciales

Es importante que las normas de procedimiento tengan en cuenta que no solo tienen que ser comprensibles por las personas que intervienen en el proceso, sino también por aquellos que por cualquier circunstancia se ven envueltos en el proceso judicial.

Además, los menores que intervienen tienen que advertir de todos los detalles de las actuaciones y diligencias esenciales del procedimiento.

En cualquier caso, las normas que regulan los derechos procesales de los menores deben expresarse en palabras comunes y sencillas, intentando conseguir que sean entendibles por cualquier persona. Para ello evitamos utilizar palabras técnicas o conceptos jurídicos. Aunque esto no quita, que habrá algunos aspectos que serán imposibles de traducir a un lenguaje más sencillo y por lo tanto les corresponde a los abogados o al juez realizar la explicación debida para su comprensión.

6.LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

6.1.INTRODUCCIÓN. FUNDAMENTO LEGAL

La base legal de la intervención del MF en todos los procedimientos relativos a la capacidad de las personas se encuentra recogido en el artículo 124.1 CE que dice: “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”

Y junto a este encontramos también el artículo 49, el cual conduce a los poderes públicos la realización de la previsión, el tratamiento , la rehabilitación e integración de los disminuidos psíquicos.

A nivel de la legislación ordinaria, después de hacer mención expresa al artículo 124.1 CE, mencionamos el artículo 3 en el que se establece que le corresponde tomar parte tanto en el interés público y social como en la defensa de la legalidad, en los procesos relativos al estado civil y los demás que vengan establecidos en la ley.

Por ultimo, las funciones del MF también vienen recogidas en el Código Civil en el Libro I.

6.2. DILIGENCIAS PREPROCESALES

1. Concepto, fundamento legal y normas generales

El fundamento legal de estas diligencias pre procesales se encuentran recogidas en el artículo 5 EOMF.

Este artículo, relacionado con las diligencias de investigación en el ámbito penal, concluye que el Fiscal también podrá dar comienzo a las diligencias pre procesales con el objetivo de facilitar el ejercicio de las funciones que le son atribuidas.

Carecen de una regulación legal específica y sistemática. Esto provoca que sea una situación normativa criticable y que de lugar a que tiendan a exigir una normativa específica impulsada por el legislador.

La regulación de estas diligencias tiene que basarse, principalmente, en los principios de flexibilidad y sencillez y tener por objetivo facilitar el ejercicio de las funciones de protección llevadas a cabo por el MF. Estas funciones estarán bajo el control del Fiscal, facilitación su dirección. Además, deben tener en cuenta la proporcionalidad tal y como se hace mención en el art. 5 EOMF.

Respecto a la duración, es imposible aplicar el limite temporal de 6 meses, tal y como se hace referencia en el art 5 EOMF. Tampoco existe la posibilidad de las prorrogas que se prevé en el mismo. Esto se debe principalmente a la finalidad protectora que guía el expediente.

En cuanto a la posibilidad de intervención de un abogado, esta no seria posible ya que con estas diligencias no se constituye un procedimiento judicial, lo que da lugar a que los interesado no tengan consideración de parte procesal. Sin embargo, si que se permite

a los interesados tener asesoramiento de un abogado o que actúan a través de estos, pero no podrán nunca presentar diligencias. Por ejemplo, cosa distinta ocurre en el procedimiento de determinación de capacidad en el ingreso forzoso.

Los expedientes son totalmente confidenciales, por lo que no pueden ser trasladados a no ser que sea estrictamente necesario.

2. Objeto

Las diligencias pre procesales, además de tener por objeto la determinación y valoración de los elementos que debemos de tener en cuenta para la presentación de la demanda de determinación de capacidad, también puede ser que se utilicen para la determinación y valoración de los hechos que puedan determinar la aceptación o no de una solicitud de internamiento, medidas cautelares o cualquier otro medio de protección personal o patrimonial.

También se puede determinar cualquier otra medida de naturaleza similar. Puede estar relacionado con la convención de Nueva York.

3. Tramitación

A) Iniciación. Decreto de incoación

Los particulares tienen la obligación de poner en conocimiento del Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la discapacidad.

Cuentan con diferentes medios para poner en conocimiento del MF estos hechos. Pueden proceder de Juzgados, tanto de orden laboral como de orden penal, así como de organismos públicos, de los centros de internamiento, instituciones publicas y finalmente de los particulares.

Una vez que se tiene conocimiento, se procede a la incoación del expediente, que se desarrolla mediante Decreto. Este deberá ir acompañado de los documentos necesarios. La iniciación del expediente debe ser comunicada al solicitante, si existe.

B) Contenido

A partir de este momento, el contenido de las diligencias es muy variado y dependerá de las circunstancias en cada caso concreto. Sin embargo, el expediente deberá tener un contenido mínimo.

Para recabar la información necesaria, que además puede ser relevante, es necesario contactar con los parientes para que estos aporten los documentos necesarios o incluso lleguen a comparecer para proporcionar la informaron.

Deberá de recopilarse toda la información medica que sea necesaria, que puede proceder tanto de las unidades de salud mental, centros de salud, hospitales o cualquier otra institución que pueda facilitar la información.

Además, el Fiscal puede pedir que se emita el informe del medico forense sin necesidad de pedir una autorización judicial. Aunque, a nuestro jurídico, el reconocimiento forense debe únicamente utilizarse en caso de que la patología presente dudas y que sea imprescindibles para llevar a cabo la decisión del fiscal sobre las diferentes medidas que se tiene que adoptar.

Cuando sea necesario recopilar información económica o patrimonial, se puede oficiar a entidades bancarias, Delegación de hacienda o cualquier otro organismo que tenga capacidad para poder proporcionarnos esa información.

Los informes sociales pueden contener también información muy relevante que deberíamos tener en cuenta.

Una vez que recopilamos toda la información, y vemos viable la presentación de la demanda, debemos obtener la partida de nacimiento para comprobar que previamente no había una declaración de incapacidad. Puede ocurrir que no sea posible obtenerla ya que el perjudicado no se encuentra registrado por diversos motivos. En este caso deberá inscribirse ya que puede ocurrir que se dicte la sentencia modificadora de la capacidad.

Por último, cuando se traten de personas fuera del sistema sanitario, indigentes o personas sin domicilio fijo, tendremos que acudir a las fuerzas y cuerpos de seguridad que son las únicas personas que pueden proporcionarnos información sobre estas personas.

C) Fase de decisión

Una vez que se han practicado las diligencias necesarias y que el MF cuenta con la suficiente información, deberá de tomar una decisión sobre situación del presunto discapaz. La decisión sobre la medida a adoptar deberá tomar la forma de Decreto.

La redacción de esta deberá estar basada en lo dispuesto en la instrucción FGE 1/05, y deberá contener una decisión motivada, razonada y proporcionada al caso concreto.

Este decreto deberá ser notificado a las personas que pusieron en conocimiento del Fiscal la situación. Además, deberá ser notificado a la persona afectada. La decisión del Fiscal no admite recurso ninguno. Si es verdad que los afectados pueden llevar a cabo diferentes actuaciones por no estar de acuerdo con la decisión tomada. Para ello pueden acudir al procedimiento judicial en el caso de estar legitimados o exigir la depuración de las responsabilidades del fiscal.

6.3. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

El impacto en nuestra legislación de la Convención de Nueva York sobre Derechos de las personas con discapacidad

La entrega en vigor de la Convención de Nueva York en nuestro país ha hecho necesario la adaptación a nuestra legislación interna. Sus preceptos más relevantes son los artículos 12, 13 y 14. El artículo 12 trata sobre el ingreso no voluntario.

Este artículo establece la obligación de los Estados partes de reafirmar el derecho de los discapacitados al reconocimiento de su personalidad jurídica. Estos tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás y también tienen el derecho de poder adoptar las medidas necesarias para acceder al apoyo que estos pueden llegar a necesitar.

Además, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las personas a poder ser propietarios y poder heredar bienes. Además de garantizar que estos pueden gestionar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos, hipotecas o otras formas de financiación económicas.

Además, se impone la obligación de garantizar que las personas con discapacidad tienen derecho en igualdad de condiciones al acceso de la justicia y a poder participar en ella en los procedimientos judiciales.

2. Procedimiento

A) Competencia

El juzgado de primera instancia del lugar de residencia del demandado será el que tenga capacidad para el conocimiento de la demanda. Respecto a la competencia territorial, en estos procedimientos no se produce el efecto que viene recogido en el artículo 411 LEC.

B) Personación, representación y defensa

El artículo 758 LEC, permite al presunto discapaz poder intervenir en el proceso con su defensa y representación. Si este no lo hiciera sería defendido por el MF o por un defensor judicial nombrado por el Tribunal.

El MF debe velar por el respeto de los derechos del presunto discapaz. Se puede alegar que la persona que se ve afectada por este procedimiento no está en condiciones para la comprensión de la demanda y para asumir las consecuencias derivadas de la tramitación y resolución del procedimiento. Por ello, sería necesaria la asistencia judicial a la persona con discapacidad contra las que se dirija el procedimiento.

Partiendo de la declaración universal de Derechos humanos y de la convención de New York, podemos concluir que para poder hacer efectiva la personación del demandando deberá actuar mediante la representación del abogado o del procurador, estando vetada la posibilidad de autodefensa.

Pro ello se impone la necesidad de que los órganos judiciales adopten las medidas necesarias para intentar eliminar todos los inconvenientes que impidan al interesado poder hacer efectiva su voluntad de comparecer en el procedimiento de defensa.

C) Tramitación

a) Demanda. Interposición y contenido

El artículo 757 LEC hace referencia a las personas que tienen restringida la capacidad para la interposición de la demanda. Este artículo dice así: “

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 mayoría de las demandas de determinación de capacidad son interpuestas por el MF. Estas demandas intentan adaptarse a las normas recogidas en la Convención de New York. Debe concretarse el por qué se solicita la determinación de capacidad y el motivo por el cual se solicita.

b) Pruebas y audiencias preceptivas

El artículo 759 LEC establece la obligación de llevar a cabo las prácticas necesarias. Los tres medios de prueba posibles son: audiencia de los parientes, el examen personal del tribunal y un dictamen pericial.

El informe del médico forense es esencial. El informe médico va a constituir la base a través de la cual se van a determinar los extremos de la demanda, el objeto de prueba y la sentencia. Debe contar con un contenido mínimo que contemple no solo la enfermedad o la deficiencia psíquica sino también las diferentes consecuencias y efectos que pueden derivar de estas.

Las principales consecuencias que se pueden dar son: deficiencias en las habilidades económicas, sociales, jurídicas, administrativas y contractuales.

La finalidad no solo es determinar que tipo de apoyo necesita cada persona, sino también hace referencia al nombramiento de la persona que va a proporcionar dicho apoyo, complementando la capacidad del presunto incapaz para lograr la plena participación en la sociedad y que pueda disfrutar de sus derechos y libertades. La persona o institución de apoyo generalmente es elegida y propuesta por el Fiscal. Esta será objeto de prueba y será evaluada a través de los diferentes informes.

El contenido del “apoyo” debe quedar concretado en la sentencia, estableciendo el cargo que deberá de ejercitar con el objetivo de favorecer a la persona con discapacidad. Esta siempre estará bajo la supervisión del Juzgado y del MF.

La designación dependerá de las circunstancias de cada caso. Si no existiera familiar cerca idóneo para ello, el Fiscal propondrá a una persona o institución y el Juez será el encargado de nombrarlo.

c) Sentencia

La sentencia debe establecer la extensión y los límites de la incapacitación y el régimen de tutela y de guarda. Debe concretarse también el régimen de apoyos y salvaguardias, las personas sobre las que recae el nombramiento, los mecanismos de control, la duración del apoyo.

6.4. INTERNAMIENTOS

1. Introducción

El ingreso de una persona en una institución como consecuencia de padecer un trastorno psíquico era una decisión médica, sometida a una evolución de los informes llevados a cabo por los médicos. El único precepto que actualmente regula esta materia es el artículo 763 LEC (La Ley 58/2000).

El artículo 763 dice así: “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. El inciso «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» del párrafo primero del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por STC 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

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. El inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida» del párrafo segundo del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por STC 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

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.

Este artículo es el punto de partida que toma la ley para la regulación de los ingresos involuntarios.

La práctica ha provocado la necesidad de llevar a cabo una reforma que contenga la gran causa y la necesidad de una adecuada adaptación a la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, firmada en New York el día 13-12-2006, la cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.(1)

2. Internamientos ordinarios y urgentes

Los internamientos involuntarios procedente de un trastorno psíquico se pueden diferenciar en dos (ordinario o de urgencia)

- Aquellos que previamente se ha solicitado una autorización judicial para suprimir la voluntad de la persona y poder llevar a cabo la materialización.
- Aquellos que se producen de hecho y posteriormente se regularizan judicialmente en los plazos señalados.

El internamiento involuntario ordinario es aquel que se adopta como medida terapéutica y con el objetivo de quien la persona que lo padece se someta a tratamiento. Requiere autorización judicial previa que será otorgada por el Tribunal del lugar donde resida la persona afectada.

Puede ocurrir que la persona tenga limitada su capacidad de obrar judicialmente, pero sí que posea capacidad para poder decidir dónde quiere residir.

2.1. Internamientos urgentes

Los internamientos involuntarios por razón de urgencia se dan ante la necesidad o crisis de ingresos a una persona. En este caso no es necesario una autorización judicial previa debido a la necesidad. Todas las decisiones se adoptan de inmediato y posteriormente se producen las actuaciones judiciales correspondientes.

En estos casos, el responsable del centro, en el cual se ha producido el internamiento, el que debe comunicar al Tribunal competente y dentro del plazo de 24 horas desde el ingreso de la persona, con el objetivo de que se produzca la preceptiva ratificación de la medida. Esto deberá efectuarse un plazo máximo de 72H desde que el internamiento sea comunicado al Juzgado.

Podemos concluir las siguientes apreciaciones:

1. Para llevar a acabo la medida de internamiento es necesario la concurrencia de dos exigencias:

A) La existencia de un trastorno psíquico, según como lo define la medicina. En este punto se debe excluir la discrepancia del afectado en relación con valores sociales, políticos, religiosos o políticos.

B) Debe tener un carácter “urgente”, considerado como la necesidad de la intervención médica, de manera inmediata, para su protección.

2. La legitimación de la medida viene configurada por el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. Dichos principios van afectar a la fase de adopción y a la fase de mantenimiento.

3. La fase extrajudicial del internamiento con carácter urgente tiene que ser valido. Dicha fase esta condicionada por 4 exigencias relacionadas con el derecho a la libertad personal: (art. 17 CE (LA LEY 2500/1978)):

- Constancia de un informe medico que acredite la existencia de un trastorno psíquico. Dicho informe va a ser el que legitima al directo del centro para llevar acabo el ingreso de inmediato sin necesidad de una autorización judicial previa. El informe debe quedar plasmado por escrito para facilitar su posterior control llevado acabo por la autoridad judicial.
- El afectado o su representante debe ser informado tanto del internamiento como de las causas.
- Debe comunicarse al juez competente del internamiento y de los motivos por los cuales se lleva a cabo dicho internamiento. Esta comunicación debe realizarse en el plazo de 24 horas. En este caso, el tribunal concede al legislador un margen de maniobra mas amplio, permitiéndole ampliar el plazo de comunicación. Este puede ampliarlo de 24 horas a 72 horas. En todo caso, mientras no se modifique la regulación legal, el plazo de 24 horas se debe considerar improrrogable. La persona encargada de llevar a cabo la comunicación es el director del centro en el que se produce el ingreso. Dicha comunicación no puede realizarse por las personas que intervienen en un momento anterior al internamiento.

Debemos tener en cuenta varias apreciaciones respecto al computo del plazo de 24h. Las apreciaciones son:

- Si el ingreso de la persona se realiza en contra de su voluntad, el plazo comienza a contarse desde el momento en que se produce dicho ingreso.
- Si el ingreso se produce voluntariamente y en un momento posterior el afectado exterioriza su cambio de criterio, el internamiento se torna en involuntario, y desde ese momento se inicia el cómputo del plazo de 24 horas.

Desde que el director del centro comunica el ingreso la persona pasa a efectos legales a disposición judicial sin necesidad de su traslado físico a la sede del órgano jurisdiccional.

4. Respecto a la fase de control judicial del internamiento urgente, encontramos:

- Empieza a partir de la comunicación al tribunal competente del ingreso.
- En los partidos judiciales con más de un Juzgado esta fase se inicia con la recepción de la comunicación al Juzgado Decano
- Una vez que se inicia esta fase, el plazo máximo para tramitar el proceso es de 72 horas. Este plazo se considera improrrogable.
- Transcurridas las 72 horas sin que se haya dictado una resolución de autorización judicial no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, Ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y éste resulte confirmatorio.
- Una vez que el plazo ha transcurrido, esto no impide que el juez pueda ordenar el internamiento. El único aspecto que debe tenerse en cuenta es, que si se lleva a cabo la orden, el afectado debe estar en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Además, si la causa determinante del internamiento no es puramente puntual, sino que existen datos que permitan sostener que la deficiencia mental que sufre la persona, por sus características y por la larga duración de esta, deben dar lugar al establecimiento de un régimen jurídico de protección mucho más completo.

En el juicio de ratificación, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Se debe examinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. En el caso de que no cumpla con el doble presupuesto objetivo debe acordarse la libertad inmediata del afectado, sin necesidad de seguir con la tramitación del proceso.
- Se debe tener en cuenta el estado de la persona a la fecha en la que tiene lugar las pruebas judiciales.

Desde el punto de vista de la tramitación procesal:

- Proporcionar información al interno o su representante acerca de la situación material y personal en la que se encuentra.
- Obligación de garantizar el derecho de la persona internada a ser oído dentro del proceso, así como el derecho que tiene de poder designar a su abogado y procurador y de llevar a cabo las prácticas de las pruebas.
- El juez tiene la obligación de examinar al afectado y proveer a la práctica de un reconocimiento pericial por un médico por él designado.

El Tribunal Constitucional deja claras las bases y requisitos necesarios para que se pueda producir el internamiento con carácter urgente.

2.2. Ingresos Sociosanitarios

El aumento de la expectativa de vida, de las personas mayores ha provocado un aumento del número de personas mayores con deterioro cognitivo, envejecimiento de la población, provocando que cada vez existan más familias que no puedan atender a las personas mayores en sus domicilios. Todo esto ha provocado un aumento en el número de ingresos en residencias de personas con enfermedades de tipo degenerativo. Actualmente no podemos encontrar ninguna regulación específica sobre este aspecto.

Son diversos los criterios existentes entre los diferentes directores de las residencias, provocando que se convierta en un trámite burocrático que hace perder el principal objeto del procedimiento, como es la protección de las personas ingresadas.

Nos planteamos la posibilidad de si se puede considerar urgente un ingreso de una persona mayor con demencia en una residencia geriátrica, y por lo tanto que estuviera regulado según el artículo 763 LEC (La Ley 58/2000).

Si tenemos en cuentas las normas sanitarias o las normas sociales podemos ver que no se trata de un concepto con un significado exacto, si no que se trata de un concepto que debe contextualizarse.

La característica común que tiene, independientemente del contexto, es que se trata de una intervención inmediata e ineludible. Hace referencia a la sanidad se considera un riesgo para la salud de la persona. Pero haciendo referencia a la acción social, se considera una situación desprotegida que puede afectar a varios colectivos.

Respecto a las que pueden afectar a colectivos, la intervención es inmediata e inevitable para evitar que las consecuencias sean mayores. Cuando afecta de manera individual, las situaciones que ocurren con mayor frecuencia son la pérdida y desorientación. También situación en el apoyo familiar desaparece de un día para otro y por también situación de maltrato.

Todas estas situaciones son consideradas de urgencia y en las cuales se considera necesario una intervención inmediata. Al tratarse de un internamiento urgente y deberá regularse según el artículo 763 LEC (La Ley 58/2000).

Por otro lado, nos planteamos que ocurre cuando los familiares realizan el ingreso sin previa autorización y no realizan la comunicación del ingreso en el plazo legal establecido o se considera que en su inicio no se trataba de una situación de urgencia. Esta cuestión es resuelta por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. En dicho recurso se alega la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal.

Lo que realmente se debe tener en cuenta, a efectos de exigir el control judicial de un ingreso no voluntario es el tipo de enfermedad mental que padece la persona y que esta persona no se encuentra en su sano juicio para autogobernarse. Tal y como se contempla en la demanda de amparo, se debe realizar una comprobación de la situación personal de la persona ingresada para poder decir si se admite o no la solicitud inicial. Ya que una vez que se produce el rechazo de la solicitud, el paciente se encontraría en un limbo jurídico, incompatible con la garantía judicial que exige el artículo 17 CE y sin adoptar los ajustes razonables que vienen recogidos en la Convención de las Naciones Unidas.

Por otro lado, el concepto de urgencia debe ser interpretada desde el punto de vista médico, prestando mayor atención a la evolución degenerativa del paciente. Por ello,

cuando se trate del ingreso de personas mayores con un trastorno psíquico no parece que exista razón para considerar que se trata de un internamiento urgente, y en este punto debe valorarse adecuadamente según el concepto que tiene lugar el ingreso.

Como conclusión podemos decir que aquellos internamientos urgentes que no cumplan con las exigencias materiales y procesales no podrán ser regularizados. Sin embargo, esto no quiere decir que no pueda llevarse a cabo la retirada de la petición o que no existan otros títulos que permitan conseguir la permanencia en la residencia.

Como consecuencia de no ser posible la regularización del internamiento, se plantea la necesidad de adoptar unas medidas de protección, teniendo en cuenta siempre la necesidad de evitar lesiones al derecho a la vida y a la integridad física de la persona afecta.

7. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS

7.1 EN QUÉ OCASIONES ES NECESARIO MODIFICAR LA CAPACIDAD

La modificación de la capacidad conlleva una limitación para la realización de algunos derechos, ya que estos deberán ser llevados a cabo bien por el padre o tutor o a través del curador, y por ello únicamente deberán realizarse cuando sea totalmente necesario.

La Ley de Enjuiciamiento establece la necesidad de que en la sentencia se concrete el grado de modificación de la capacidad de la persona. La modificación debe rellenar la diferencia. Esto quiere decir que se debe establecer lo que la persona con capacidad medicada no puede realizar, para que su capacidad de obrar sea igual al resto de las personas. El hecho de rellenar esta diferencia va a ser lo que se establezca como mecanismo de seguridad. Además, la falta de medios materiales y personales va a provocar que la sentencia se extienda más allá que en un caso normal.

Para considerar que una persona tiene capacidad modificada judicialmente es necesario que carezca de capacidad para autogobernarse, no basta con aludir que padece algún tipo de enfermedad.

En ocasiones la enfermedad puede ser la principal causa de modificación de la capacidad. Para ello es necesario contar con informes de trabajadores sociales y psicólogos sobre la actividad de su vida diaria.

Las asociaciones son las encargadas de proporcionar dichos informes a las familias, quienes deberán entregarlo al Ministerio Fiscal.

La doctrina hace una clasificación de los diferentes grados de la modificación de capacidad:

- Grado 1: La persona no posee aptitud para realizar operaciones económicas, pero si mantiene la autonomía social y doméstica.
- Grado2: La persona cuenta con autonomía para la vida doméstica y la actividad social, pero necesita orientación en los desplazamientos. Además, cuenta con aptitud para llevar a cabo operaciones comerciales simples.
- Grado3: La persona no cuenta con la capacidad suficiente para poder transitar por lugares desconocidos. Tampoco podrá llevar a cabo operaciones comerciales simples. Cuenta con autonomía personal para tareas de cuidado personal.
- Grado 4: No cuenta con autonomía ni habilidades personales.

Según el grado en el que se encuentre la persona afectada, la modificación de la capacidad judicial será total o parcial.

7.2. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR AUTOGOBIERNO

El factor determinante para considerar que es necesario la modificación de capacidad de la persona es la falta de autogobierno de esta. Debemos tener claro que se entiende por autogobierno: “Gobernarse la persona por sí misma» es un término de gran amplitud y dentro de él pueden comprenderse los dos aspectos, el personal –atención y cuidado de la propia persona– y el patrimonial –administración y disposición de los propios bienes–.

Se trata de la posibilidad de que las personas puedan llevar a cabo una actividad social de manera positiva o sin perjuicio para ella misma cuando se encuentren bajo sus propias fuerzas. La capacidad de autogobierno depende mucho de las circunstancias ambientales en las que se encuentre el sujeto

7.3. ASPECTOS A LOS QUE NO ALCANZA LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.

Algunos de los aspectos que se deben tener en cuenta con respecto a la modificación de capacidad es que esta no alcanza los actos personalísimos (votar en las elecciones, hacer testamento, someterse a tratamientos médicos etc..). En este caso concreto, lo primordial es la capacidad natural, que es lo que va a permitir el poder llevar a cabo o no dichos actos.

La modificación de la capacidad no proporciona ventajas para el internamiento, ni el internamiento en una residencia pública, no proporciona ventajas en las listas de espera ni tampoco se considera requisito primordial para la obtención de ayudas. Estas situaciones derivan de una situación previa de discapacidad y no de una modificación de la capacidad jurídica.

7.4. CAPACIDAD. CAUSA Y MOTIVO DE LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD .

El artículo 200 CC establece cuales son las principales causas de modificación de la capacidad que provocan la imposibilidad de autogobierno de la persona. Además, establece que solo se entiende por válida una modificación de la capacidad cuando así es establecido por una sentencia judicial firme.

Para considerar que una persona tiene capacidad modificada judicialmente es necesario:

- Enfermedad – Deficiencia psíquica, informe médico que debe existir en el momento de presentar dicha demanda.

Dentro de las enfermedades de carácter psíquico, se deben tener en cuenta las anomalías o trastornos que pueden afectar a la capacidad de obrar de las personas. Se debe tener en cuenta tanto el grado de estas como los efectos y consecuencias.

Podemos establecer varios grupos fundamentales dentro de este:

- ✓ Discapacidad psíquica o deficiencia mental: Generalmente provocara una modificación de la capacidad si se trata de una discapacidad grave, y con menor frecuencia si es leve. Si son detectadas a tiempo, es posible desarrollar habilidades para reducir el grado de discapacidad.
- ✓ Enfermedades mentales: La manera que afectan estas enfermedades a las personas es cíclica, es decir, la persona enferma sufre crisis durante un periodo de tiempo, pero tiene épocas en las que cuenta con una plena capacidad. Algunos ejemplos son: Esquizofrenia, paranoias, psicosis etc...
- ✓ Senilidad: En este caso hablamos de enfermedades degenerativas. Se tratan de enfermedades con procesos lentos y pueden afectar a la capacidad de administrar y organizar su patrimonio y su vida. El ejemplo primordial de este tipo de enfermedad es: Alzheimer.
- ✓ Dependencia al alcohol u otras sustancias tóxicas: Únicamente se tienen en cuenta cuando son condicionantes importantes de la capacidad de obrar.
- ✓ Trastornos de personalidad: Únicamente podrán dar lugar a casos de modificación de la capacidad en casos extremos. El mejor ejemplo es: psicopatías.

Se debe tener en cuenta que un comportamiento anómalo o antisociales de la persona, no se pueden considerar causa de modificación de la capacidad.

- La enfermedad debe ser duradera, persistente, que cuente con una evolución crónica y que se considere casi imposible la posibilidad de una mejora. Si es verdad que debido a los avances de la tecnología puede darse la posibilidad de una futura curación, eliminando la causa que justifica la modificación de la capacidad.
No se consideran trastornos susceptibles de provocar una modificación de la capacidad aquellos que evolucionan de forma lenta y muy breve. Tampoco aquellos que se den en una situación concreta.
- Para que la modificación sea causante de una modificación de la capacidad es necesario que provoque una sintomatología suficiente para provocar tales efectos que den lugar a la imposibilidad del autogobierno de la persona.

Pero además de ser necesario una causa que justifique la modificación de la capacidad, es necesario que exista un motivo por el cual se produce dicha modificación. El motivo que lleva a la familia/personas a considerar la necesidad de llevar a cabo la modificación es la imposibilidad de realizar por ella misma un acto jurídico. Este motivo es el problema o necesidad que se ha presentado.

Este adquiere gran importancia en la actualidad tras la redacción del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad que “busca garantizar a la persona con discapacidad su plena capacidad para realizar cualquier acto jurídico que pueda presentársele y si no le es posible exige que se le aporte el apoyo concreto y necesario para la realización del mismo”.

7.5. PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

La LEC 1/2000 (La Ley 58/2000) estructura los principales principios que recogía la normativa regulada en el CC sobre la modificación de la capacidad.

Se trata de un proceso que se encuentra regulado por las normas propias de un procedimiento ordinario y se caracteriza por contar con un carácter contencioso.

Las principales singularidades que muestra son:

- No cabe el allanamiento, ni la transacción. Pero si tenemos en cuenta lo que viene recogido en el artículo 751 LEC, cuando nos encontremos con un allanamiento debe abrirse el periodo probatorio(1).
- El desistimiento obliga el consentimiento del MF pudiendo obstar por seguir el procedimiento(2).

Se confiere al Juez la facultad de determinar las pruebas que considere necesarias, sin perjuicio de las prácticas de oficio.

Por un lado, tenemos que hacer referencia a la competencia territorial, la cual se determina por la residencia del demandando, identificándose como residencia habitual. No debe ser considerada como habitual aquella que es transitoria. A pesar de esto, y tal como viene recogido en la Consulta de la Fiscalía General del Estado (FGE) 6/1997 (LA LEY 38/1997) se consideró el domicilio como un instrumento para salvaguardar el derecho a una tutela judicial efectiva y el principio de contradicción y libre acceso a los Tribunales; en el caso de los internados en establecimientos psiquiátricos penitenciarios, consideró competente al Juzgado del lugar del Centro, por ser el lugar de la convivencia real.

El momento que se tiene que tener en cuenta para establecer la misma es en el momento de la presentación de la demanda. La competencia es atribuida al Juez más próximo de la persona, la cual se va a estudiar su capacidad. En el caso de encontrarse en un centro durante un largo periodo, la competencia será atribuida al Juez del lugar donde radique este y no el de domicilio legal.

Respecto a la legitimación activa, cuenta con ella la persona con una hipotética falta de capacidad, el cónyuge, la pareja de hecho, ascendientes y hermanos de la persona con esa hipotética falta de capacidad. Respecto a los menores de edad, cuando exista causa de modificación de la capacidad y se prevea que dicha causa puede mantenerse durante la mayoría de edad, solo están legitimados quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, tal y como viene reflejado en el art.757.4º de LEC (ley 58/2000) y el Ministerio Fiscal, tal y como viene previsto en el artículo 757.2º de la LEC (Ley 58/2000).

Esta competencia se restringe a la familia más cercana, aunque el artículo 757.º de la LEC (ley 58/2000) y art 229 CC pudieran plantear la legitimación de estos.

Por otro lado, otro sector establece la posibilidad de que el guardador pueda apremiar directamente la modificación de la capacidad basándose en los siguientes aspectos jurídicos:

- Verdadero interés de la persona con una falta de capacidad de hecho se encuentra en que se valore su capacidad y se le dote del apoyo necesario.
- Este interés debe ser muy flexible. En el caso que se presente la demanda por una persona que posee interés legítimo, deberá admitirse.

El artículo 304 CC establece que los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz (3) no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

- Se impone la obligación de iniciar la constitución de la tutela y de establecer la reintegración de la capacidad. Sin embargo, no tiene la posibilidad de poder promover la modificación de la capacidad.(4)

Tal y como viene recogido en la reforma del artículo 757.1 de la LEC (la Ley 58/2000), se establece la posibilidad de que la persona con hipotética falta de capacidad puede presentar su propia demanda de modificación de capacidad.

Este aspecto parece difícil de entender, ya que la persona que sufre una alteración o una enfermedad que le impide autogobernarse, causa principal por la cual se lleva a cabo la modificación de capacidad, se considere que se encuentra en las condiciones adecuadas, con capacidad suficiente para poder tomar una decisión sobre su modificación de capacidad. Este aspecto también presenta problemas a la hora de otorgar el poder al correspondiente procurador que llevara a cabo su representación.

Por otro lado, la situación procesal no presenta ningún tipo de lógica, ya que la persona demandada en los procesos de modificación de la capacidad sea también, de manera paralela, demandante. En este caso, la demanda solamente se mandaría al Ministerio Fiscal que tendría que intervenir en contra de la persona que pide la declaración de que cuenta con una modificación de capacidad y oponerse a la pretensión de declarar que esa persona cuenta con una modificación de capacidad .

Cuando nos encontramos ante estos supuestos, podemos afirmar que es imposible acudir a la figura de la sustitución procesal o del nombramiento de un defensor judicial. Caso distinto es el de la legitimación para iniciar la reintegración de la capacidad que, anteriormente había sido modificada.

En la práctica, con frecuencia acuden al Ministerio Fiscal para promover la modificación de la capacidad con otros fines que los propios. Pero en otras ocasiones sí que se ha establecido mediante sentencia.

Haciendo referencia a la legitimación pasiva, tendrá dicha legitimación toda persona que pudiera contar con una institución de apoyo y protección. El Ministerio Fiscal actuara como defensor de él, aunque si este ha fomentado el procedimiento, el juez le asignara un defensor judicial. Independientemente de quien promueva el procedimiento, la persona podrá personarse con Abogado y procurador de su propia elección.

En un principio, no existe inconveniente en presentar la declaración de modificación de la capacidad de varias personas emparentadas entre sí en un mismo proceso, al existir una misma causa y un mismo título. Cosa distinta y no permitida es la acumulación del procedimiento de modificación con otra acción totalmente diferente.

En el ámbito del juicio declarativo verbal, la declaración de la modificación de la capacidad depende de la práctica de pruebas, cuya importancia es decisiva.

Las pruebas a las que hacemos referencia son:

- Examen por el Juez de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo.
- Audiencia de los parientes más próximos por el Juez: El Juez está obligado a oír personalmente a los parientes más próximos de la persona, cuya capacidad se está examinando. Existe disputa sobre los parientes que deben ser escuchados al no estar determinados por la ley. Como regla general serán los parientes más próximos los que deben ser oídos, aunque en los casos en los que carece de familiares, deberán ser oídos las personas más cercanas a esta, cuya capacidad pretende ser modificada. Al no tratarse de una prueba testifical, existe máxima libertad a la hora de realizar el interrogatorio. También es importante conocer las molestias y disgustos que puede llegar a provocar el padecimiento de un trastorno o enfermedad a la persona cercana. Por otro lado, el juez podrá aportar las pruebas que considere pertinentes y útiles.
- Dictamen facultativo sobre las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo.

Pero tal y como viene observando SAURA es importante considerar que: “

- que la modificación de la capacidad exige un proceso contradictorio, en el cual, tanto por las partes como por el propio juzgador, se propondrá un dictamen de más de un Perito, de cuyo estudio conjunto se extraerá la conclusión más adecuada;
- que el Juez oír a los parientes y examinará a la persona por sí mismo, pudiendo acordar, además, cuantas otras pruebas estime convenientes, todo lo cual redundará en la supresión de influencias decisorias en la formación de su criterio;
- en todo caso, los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los Peritos.

Respecto a la intervención de los médicos forenses pueden intervenir en los procesos civiles en la modificación de la capacidad, llevando a cabo la práctica de reconocimientos y emitir informes, como funcionarios públicos, por el Juez o Tribunal competente. Únicamente no podrá ser llevada a cabo con carácter profesional.

Una de las recomendaciones establecidas es establecer conclusiones claras del dictamen pericial, ya que si son dudosas no proporciona al Juez elementos de juicio. En caso de no poder establecer conclusiones claras y concretas, se reflejará en el propio informe.

Una vez que las pruebas y las conclusiones de estas han sido enviadas, el Juez debe de dictar sentencia. Según el artículo 199 del CC: nadie puede ser declarado incapaz (persona con capacidad modificada judicialmente) sino por sentencia judicial.

El juicio finaliza mediante la declaración de una sentencia, sin que esta pueda ser resuelta por auto.

Si la sentencia es estimatoria, debe determinar los límites y la extensión de la modificación de capacidad. Además, deberá establecer el régimen de tutela o guarda que quedara sometido la persona cuya capacidad ha sido modificada.

Un aspecto importante que debe tenerse en cuenta es:

- Si la sentencia es desestimatoria, se deniega la solicitud de modificación de la capacidad de la persona. Estas no vienen amparadas por los límites de cosa juzgada, es decir, existe la posibilidad de volver a presentar una demanda alegando una enfermedad o causa totalmente distinta.
- Si la sentencia es estimatoria, no se permite la alteración de la cosa juzgada. Esto quiere decir que no se puede modificar la modificación de la capacidad ya establecida. Tampoco se permite la posibilidad de dejarla sin efecto.

7.6. MEDIDAS CAUTELARES

La ley permite la posibilidad de adoptar medidas cautelares durante el proceso. Uno de los aspectos destacables del Fiscal, es intentar dar cobertura a la persona, utilizando los mecanismos necesarios y con los que cuente, para que está se encuentre totalmente integrada en la sociedad sin ningún tipo de riesgos.

Según los artículos 762 (LA LEY 58/2000) y 763 LEC (LA LEY 58/2000), destacamos unos mecanismos tuitivos para los casos de modificación de la capacidad no declarada que se caracterizan por los siguientes elementos:

- Se basan en los principios de flexibilidad y diversificación de respuestas, ya que las medidas que pueden adoptarse son innominadas y poseen una notoria amplitud siendo cualquiera necesaria para la adecuada protección de la persona o de su patrimonio.
- Las medidas a adoptar no se encuentran necesariamente vinculadas a un proceso, no siendo preciso la incoación del procedimiento, sino que basta el conocimiento por el Juez de una supuesta causa de modificación de la capacidad.
- La actuación judicial no precisa de una actuación de parte, pudiendo adoptarse estas medidas de oficio.

Durante el procedimiento la ley permite la adopción de medidas cautelares. Con antecedentes inmediatos en los antiguos artículos 203 (LA LEY 1/1889) y 209 CC (LA LEY 1/1889), ya no existe duda de que todo el mecanismo de la modificación de la capacidad va dirigido a la protección de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, una protección que va más allá del mero aseguramiento del pleito y que se extiende a una cobertura global de las necesidades personales y materiales de la persona (5). Por ello, la labor del Fiscal no puede limitarse a la actuación en el procedimiento procesal de modificación de la capacidad, sino que debe, utilizando los instrumentos jurídicos a su alcance, buscar dar una cobertura a la persona, que le permita su total integración en la sociedad sin los riesgos que pudieran derivarse de su discapacidad.

Los artículos 762 (LA LEY 58/2000) y 763 LEC (LA LEY 58/2000) incluyen mecanismos tuitivos para los casos de modificación de la capacidad no declarada que se caracterizan por los siguientes elementos:

- Se basan en los principios de flexibilidad y diversificación de respuestas, ya que las medidas que pueden adoptarse son innominadas y poseen una notoria amplitud siendo cualquiera necesaria para la adecuada protección de la persona o de su patrimonio.
- Las medidas a adoptar no se encuentran necesariamente vinculadas a un proceso, no siendo preciso la incoación del procedimiento, sino que basta el conocimiento por el Juez de una supuesta causa de modificación de la capacidad.
- La actuación judicial no precisa de una actuación de parte, pudiendo adoptarse estas medidas de oficio.

Las medidas que pueden establecerse quedan a disposición arbitral con el único límite de que se adapten a las necesidades de protección de la persona (6). La única situación que puede llevar al Juez el tomar estas medidas son las situaciones de amenaza y desvalimiento.

El procedimiento básico consta de los siguientes pasos:

1. Petición
2. Celebración urgente de vista con audiencia de los interesados y practica de las pruebas.
3. Resolución por auto susceptible de apelación.

Por ello, las características de las medidas cautelares no se aplican de manera automática. Esto es así porque:

- Instrumentalidad: La finalidad esencial es la protección de la persona y de los bienes sujetos a esta. Estas medidas pueden adoptarse cuando el proceso no haya comenzado o cuando no tenga intención de iniciarse.
- Provisionalidad: Estas medidas permanecerán siempre que cumplan la finalidad por las cuales han sido puestas. En el momento que no sean necesarias desaparecerán.
- Temporalidad: En el momento que desaparecen los motivos por los cuales se establecen, estas se retiran.
- Variabilidad: Las medidas cautelares pueden ser modificadas con el tiempo siempre y cuando los motivos también cambien.

Deben tenerse en cuenta otros presupuestos de las medidas cautelares como son:

- No se considera necesario periculum in mora o peligro en el retraso en la tramitación del procedimiento.
- No se considera necesario la verosimilitud del derecho que alegue el solicitante (fumus boni iuris). Sin embargo, se considera esencial la adecuación de la medida para evitar el riesgo.

- No es imprescindible la prestación de contra cautelas como la fianza.

Por ello, el juzgador cuenta con una amplia discrecionalidad para adoptar las medidas cautelares. Estas pueden ser solicitadas antes de comenzar el proceso, junto con la demanda.

Según la LEC, las medidas pueden adoptarse de oficio por el Tribunal o a instancia del Ministerio Fiscal, cuando tenga conocimiento de que una persona cuenta con motivo para la modificación de la capacidad.

En el caso de adoptarse de oficio sin existir proceso, se le comunicara al Ministerio Fiscal para que este inste el proceso de modificación, o bien deniegue la medida cautelar establecida o modifique la medida haya que el Ministerio formule la demanda.

La persona competente para establecer las medidas cautelares será el juez que conozca la modificación de la capacidad o que, en su caso, conocer la misma, es decir, el de la residencia del demandando.

Sin embargo, hay que destacar la imposibilidad de mantener la medida protectora por esta vía previa. Por ello se establece un plazo máximo para que esta medida sea revisada y en su caso modificada o no. El plazo establecido es a los 6 meses, según establece el artículo 763 LEC.

Las diferentes medidas cautelares que pueden establecerse son:

1. **Medidas de protección patrimoniales:** Estas medidas vienen recogidas en el artículo 727 LEC (La Ley 58/2000). Estas pueden adoptarse con carácter cautelar, incluso pueden adoptarse otras. Podemos destacar las siguientes:
 - Administración o intervención judicial de bienes: Esta medida tiene como objetivo proteger el patrimonio de la persona que pudiera precisar de una institución de apoyo y protección, evitando que otras personas puedan aprovecharse de esa falta de capacidad. La facultad de nombrar a un administrador judicial de los bienes también está contemplada en el artículo 299 bis CC. (LA LEY 1/1889).

La administración provisional no es una tutela patrimonial anticipada, ya que las facultades del administrador judicial son más limitadas que las del tutor.

Es necesario indicar en la resolución las facultades y deberes del administrador, una vez que se decide acordar la administración judicial.

En el momento que se opta por una intervención, es porque se considera que el demandando tiene cierta capacidad para autogobernarse.

Todo lo anterior, no significa que no podamos enajenar un bien que se encuentra bajo una medida cautelar. Lo necesario para poder llevar a cabo esta acción es contar con una previa autorización judicial, que solo será justificable si se dieran circunstancias que agraven el patrimonio de la persona.

Tenemos que señalar que dichas funciones pueden ser llevadas a cabo por un defensor judicial con facultades específicas o con el reconocimiento judicial formal del guardador de hecho de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo.

- Depósito de bienes muebles: Se aplica cuando la persona tiene dinero, títulos o cualquier otro objeto con valor económico que podrá estar en peligro de desaparición. Para la protección del dinero puede o ingresarse en una cuenta provisional o una cuenta intervenida judicialmente. Para el resto, debe nombrarse un depositario.
- Formación de inventario: Se trata de una medida obligatoria cuando la persona cuenta con un patrimonio de gran importancia.
- Anotación preventiva de la demanda: Para permitir que las terceras personas tengan conocimiento del procedimiento de la modificación de la capacidad, es necesario la anotación de la demanda en los registros públicos.
- Bloqueo de cuentas corrientes: Esta medida intenta evitar el fraude de la misma por parte de terceras personas. Esta medida puede aplicarse de manera total o parcial.
- Autorización para la venta de algún bien o el establecimiento de prohibiciones de disponer.

2. **Medidas de protección personales.** Dentro de este conjunto de medidas podemos incluir tratamientos médicos, intervenciones, internamientos, cuidados especiales, traslado a una residencia para la desinfección del hogar etc...

7.7. LA REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD

Uno de los aspectos que viene permitido por la ley es la posibilidad de derogar la declaración de modificación de la capacidad cuando cesen las causas que motivaron dicha modificación o un cambio en el estado de la persona. La eventual modificación de la capacidad es una resolución alterable. Dicho aspecto tiene gran importancia hoy en día, ya que gracias a las terapias psiquiátricas se permite obtener un diagnóstico más favorable y optimista con respecto a las enfermedades mentales.

En referencia al ámbito psiquiátrico, las enfermedades o deficiencias psíquicas solo se pueden considerar consecuencias, por lo que no se consideran determinantes de la modificación de capacidad. Es suficiente con una mejoría en la salud mental para considerar que la persona tiene idoneidad suficiente para autogobernarse. Puede ocurrir que las circunstancias externas hayan cambiado o el estado del enfermo haber mejorado por una reducción de la enfermedad sufrida.

Tal y como viene recogido en el artículo 761 de la LEC (La Ley 58/2000)” la modificación de la capacidad no concluye cuando desaparece la causa que la motivara, sino que para dejar sin efecto aquella declaración es necesario instar judicialmente un nuevo proceso”

Es necesario la concurrencia de una serie de presupuestos para que se produzca una reintegración de la capacidad. Los presupuestos son:

1. Nuevas circunstancias que hagan referencia a la enfermedad o deficiencia declarada o nueva enfermedad o deficiencia que se manifieste con posterioridad a la declaración.
2. Nueva circunstancia afecte al juicio de la persona.

El principal objetivo que tiene el proceso de modificación es conseguir la adecuación entre la realidad médica y jurídica.

8.ESPECIALIDADES PROBATORIAS EN LOS PROCESOS DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

8.1. APORTACION PROBATORIA DE OFICIO POR EL TRIBUNAL.

El tratamiento jurídico procesal presenta ciertas especialidades, destacando esta en concreto. Algunos autores han comentado la posibilidad de una cierta negligencia probatoria en las partes, por confiar en que el Juez llevaría a cabo la búsqueda de la verdad material y no formal de la pretensión. Este hecho no puede considerarse que ha sido una falta de neutralidad del Juez, que tiene como objetivo la declaración de incapacidad de la persona, que es objeto del procedimiento, sino debe entenderse como una pasividad judicial.

Deducimos que la imparcialidad no proviene del mantenimiento en el proceso de una postura en la que el Juez se abstiene. Si esto ocurriera así, se debería concluir que también merma el deber de imparcialidad, añadiéndose a otro tipo de facultades que la LEC atribuye a los Jueces.

La facultad probatoria del Juez es una facultad que viene contemplada en el artículo 725, que dice: “«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».”

El objeto de este procedimiento es la declaración de incapacidad por las razones que viene recogidas en el artículo 200 CC (La Ley 1/1889). También es objeto de este procedimiento la declaración de prodigalidad cuando, se coloca en una situación de peligro el patrimonio de un sujeto, afectando a los que tengan el mismo derecho. La prodigalidad viene incluida al suponer también una disminución de la libre capacidad de las personas.

La principal consecuencia es la obligación de los tribunales de practicar de oficio todas las pruebas que sean relevante para dar lugar al fin de proceso.

Nunca debemos de olvidar como viene recogido la figura de incapaz en el código civil: incapaz» es quien no tiene posibilidad de autogobierno, debido a una enfermedad o a una deficiencia. Incapacitar a una persona es privarla de la capacidad de obrar, y para ello tienen que mediar unas causas referenciadas en la ley. Toda persona es «capaz», es decir, tiene capacidad de obrar, de manejar su propia vida, mientras no haya una sentencia judicial firme que diga lo contrario.”

La incapacitación supone una declaración judicial, que establece si la persona es capaz o no de autogobernarse tanto a él como a sus bienes.

El principal objetivo con la declaración judicial de la incapacidad es la protección del enfermo de cualquier acto que tenga como fin aprovecharse de sus reducidas facultades. Una vez que la persona ha sido declarada incapaz, todos los actos llevados a cabo por este, a partir de ese momento, son considerados nulos. Los efectos que generan la sentencia de incapacitación son de carácter firmes.

Por ello, el Juez debe investigar todas las facultades para observar la verdad material, la situación real del presunto incapaz. Incluso va a sustituir la inactividad o pereza del promotor de la demanda, ya sea un familiar de la persona presuntamente incapaz o el

Ministerio Fiscal. Este ultimo interviene en el proceso de manera activa según viene establecido en el artículo 749. El Ministerio Fiscal deberá hacerse responsable de la defensa de las partes. Incluso puede obligar a la practica de determinas pruebas. Además de las pruebas practicadas, el tribunal deberá oír a los parientes mas próximos del presunto incapaz, para examinarlo. Podrá acordar los dictámenes periciales que considere necesarios. Nunca podrá determinarse la incapacitación sin previo dictamen pericial medico.

Finalmente, la sentencia que declare la incapacitación del presunto deberá contener la extensión y los limites de esta, así como el régimen de tutela o de guarda al que el presunto incapaz quedaría sometido. En caso de que fuera necesario el internamiento, también será expuesto en la sentencia. La sentencia es dictada por el Juez al terminar el procedimiento judicial contradictorio. En la sentencia se limita la capacidad de obrar de una persona, ya sea de manera parcial o de manera total.

La sentencia de incapacitación no impide que, por causas sobrevenidas nuevas, pueda instarse un nuevo proceso que tenga como objetivo dejar sin efecto o modificar la incapacitación dictada anteriormente.

Se han establecido diferentes graduaciones respecto al nivel de incapacidad, que se pueden deducir del examen personal del presunto incapaz, y que el Juez debe tener presente a la hora de restringir las facultades de la persona.

Pero como el Juez carece de conocimientos suficientes, el establecerá la sentencia en función de los informes periciales que ha recibido de los médicos y, únicamente tendrá problemas, si existe contradicciones. Si esto ocurre, el Juez decidirá aquel que suponga una menor restricción de la capacidad de obrar. Lo que se pretende es la observación de las garantías en el proceso de incapacitación.

8.2 INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA FASE PROBATORIA

La intervención del Ministerio Fiscal siempre se va a dar en este tipo de procesos, ya sea de manera activa como demandante, o de manera pasiva si la decisión corresponde a estos. La incapacitación de los sujetos solo podrán llevarla a cabo, según el artículo 757.1 “el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes y los hermanos del presunto incapaz.” En caso de que estos sujetos no gestionaran la incapacitación, el Ministerio Fiscal deberá de llevar a cabo la demanda, siempre y cuando tengan datos que le permita valorar la opción.

Cuando se trata de menores de edad, el proceso de incapacitación solo podrá llevarse a cabo por las personas que ejerzan su patria potestad o su tutela. En estos procesos, la renuncia, el allanamiento y la transacción no tendrán ningún tipo de efecto. No se encuentra ninguna norma que establezca la receptividad de las actuaciones probatorias que reclame el Ministerio Fiscal.

8.3 PRUEBAS OBLIGATORIAS

Las singularidades en la practica de las diligencias de prueba:

- a) Necesidad de audiencia de determinados familiares (testificales).
- b) Necesidad de audiencia («interrogatorio») del presunto incapaz.
- c) «Periciales médicas».
- d) Dentro de ellas examen judicial del presunto incapaz (reconocimiento judicial).

a) Necesidad de audiencia de determinados familiares (testificales)

La Ley no establece cuantos familiares y de que grado se le tiene que dar audiencia. Esta decisión queda en la practica al arbitrio judicial, según las particularidades del caso.

No indica la ley qué número de familiares y hasta qué grado se les debe dar audiencia, quedando en la práctica al arbitrio judicial según las circunstancias del caso.

Escuchar a los parientes mas próximos es totalmente necesario, siendo decisión del tribunal la extensión de los que deben ser objeto de audiencia.

Las audiencias son obligatorias en los procesos de incapacitación, cosa distinta ocurre en los procesos de prodigalidad, donde la LEC no establece nada en relación con el carácter preceptivo o no.

Las audiencias no solo son preceptivas para la decisión de la incapacitación, sino también para decidir que persona representará al incapaz.

Además, el Tribunal deberá escuchar a los parientes mas próximos del presunto incapaz, examinándolo y deberá establecer los dictámenes periciales que considere necesarios.

Siempre hay que tener en cuenta que la ley establece la obligación de llevar a practica una serie de diligencias probatorias tanto en 1º instancia como en 2º instancia.

b) Necesidad de audiencia («interrogatorio») del presunto incapaz

Uno de los principales problemas que surgen es determinar a que parientes se debe escuchar. Algunos autores se han basado en el artículo 757.1 LEC que dice: “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”.

No se puede confundir la legitimación activa con la acreditación o no de la falta de capacidad de una persona. Por ello se debe de tener en cuenta las circunstancias que ocurran en cada supuesto. Por ejemplo, se puede decidir escuchar únicamente a las personas que vivan o que se relacionen con el presunto incapaz. En este caso, este tipo de prueba se clasificaría como prueba testifical, salvo que sea el promotor de la demanda, en cuyo caso tendría naturaleza de interrogatorio. Si es verdad, que el promotor de la demanda no puede llevar a cabo su propio interrogatorio. Esto sería decisión judicial.

Tenemos que considerar que la legitimación activa a estos parientes es interpretada de manera estricta por lo Tribunales, pudiendo solo estos iniciar el procedimiento.

En el caso del cónyuge o de la persona que se halle en una situación de hecho, se lleva a cabo de una interpretación más amplia y menos restrictiva.

c) Periciales médicas

El tribunal examinara al presunto incapaz y llevara a cabo los dictámenes periciales que considere necesarios o pertinentes en relación con la demanda y demás medidas recogidas en la ley. Nunca podrá llevarse a cabo la decisión de incapacitación sin contar un dictamen medico previo.

Estamos antes la prueba reina, ya que con bastante frecuencia el Juez carece de conocimientos necesarios para la determinación de la capacidad o para llevar a cabo la incapacitación de una persona y establecer los limites de dicha incapacitación.

Cuando tenemos dictámenes contradictorios, tenemos un problema. En este caso se deberá de privar lo mínimo posible al presunto incapaz. Un aspecto que hay que tener claro es que la capacidad mental se va a presumir siempre mientras que no exista prueba contradictoria que concluya cosa distinta.

Si hacemos referencia a la prueba medica, el profesional mas adecuado para poder llevar a cabo el examen y dictamen del presunto incapaz es el medico forense que se aparece registrado en el juzgado competente. El marco legal de actuación de este vendrá recogido en el articulo 759 y en el articulo 479 LOPJ, donde vienen recogidas las principales funciones del medico forense y de los institutos de medicina legal. Las principales funciones son:

- Auxiliar y prestar asilencia técnica a los juzgados, tribunales, oficinas del registro civil y fiscalías.

El principal problema es la discordancia de conclusiones entre el dictamen presentado por el profesional forense y el profesional aportado por la parte correspondiente, máximo cuando, en función del caso y del objeto del proceso, el perito, es un tercero ajeno a los hechos que se están debatiendo y el cual añade unos conocimientos, cuyo Juez no conoce.

La falta de objetividad es un riesgo que se contempla, generalmente, en el de la parte que encarga al profesional que decida la elaboración del dictamen. En este caso este puede hacer mayor hincapié en los aspectos que sean mas favorables para el.

Este problema de discordancia de conclusiones se resolverá siempre a favor de la presunción de capacidad. De todas formas, se afirma que la persona con mayor cualificación y objetividad para estos casos es el medico forense.

Sin embargo, uno de los principales problemas que puede darse es la coordinación de los lenguajes médicos y jurídicos. Para intenta evitar estos problemas, se realiza una graduación de la gravedad de las enfermedades von las actividades de las personas y como llegan a afectar en el mundo jurídico.

Dicha valoración medica se resume de la siguiente manera:

- No hay problema, sin limitación de la capacidad.
- Problema muy ligero, no parece existir ninguna limitación valorable.
- Problema ligero, también sin limitación de la capacidad, pero sería bueno mantener cierta alerta con respeto a algunas decisiones.
- Problema moderado, la capacidad debe ser completada, curatela.
- Problema severo, la capacidad debe ser sustituida, tutela.
- Problema completo, imposibilidad real de obrar y de decidir adecuadamente y sería necesario también la institución tutelar.

Teniendo en cuenta la opinión de otros autores, podemos ver que consideran el problema completo como la máxima pérdida de autonomía y habilidades personales, necesitando de otras personas para su cuidado y para llevar a cabo las funciones esenciales de la vida.

Siguiendo a otros autores el problema completo supondría la máxima pérdida de la autonomía y habilidades personales, precisando de los cuidados de otras personas incluso para las tareas más elementales (aseo, higiene personal, nutrición), propio por ejemplo de pacientes afectados de demencias y oligofrenias profundas.

El problema severo se entiende como que la persona cuenta con un determinado grado de autonomía personal para llevar a cabo las tareas de higiene personal y las tareas nutritivas, pero carece de capacidad para pasear por lugares desconocidos o para llevar a cabo operaciones comerciales simples.

El problema moderado se entiende como que la persona cuenta con autonomía para su vida domestica y para cierta actividad social. Este si que cuenta con orientación para pasear por zonas urbanas. Además, cuenta con aptitud para poder llevar a cabo operaciones comerciales simples. Pero esta carece de aptitud para realizar operaciones económicas con un alto grado de complejidad.

Esto es una clasificación genérica, lo que no descarta la posibilidad de examinar otros datos de gran importancia para valorar cada caso particular.

Algunos ejemplos de aspectos que se pueden valorar son:

- La capacidad que tiene en el trabajo.
- La aptitud de la persona para las relaciones sociales.

En la practica lo que se intenta exigir al perito medico es que establezca su opinión sobre dos aspectos fundamentales de la autonomía del sujeto que son:

- Autonomía personal y doméstica: Puede ser definida como la capacidad de la persona para realizar por sí solo funciones de nutrición, aseo, cuidado personal, seguridad...
- Autonomía social puede ser definida como la aptitud que tiene la persona para relacionarse con los demás y su entorno, afrontar situaciones de la vida, etc.

Teniendo en cuenta estos dos últimos aspectos, se establece la posibilidad de la intervención de otros informes o pericias de otros profesionales que podrían ser de gran interés. Podría producirse la intervención de psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras etc.

La intervención de estos profesionales dependerá de las circunstancias en cada caso. Podrá ser adoptada de oficio dicha intervención y los dictámenes correspondientes.

d) Examen judicial del presunto incapaz

El artículo 752 LEC establece: el tribunal escuchara a los parientes próximos del presunto incapaz, examinara a este por el mismo y llevara a cabo los dictámenes periciales necesarios.

Se considera obligatorio escuchar a los parientes mas próximos y examinar a dicho incapaz por el mismo. No solo se debe realizar en primera instancia sino también en segunda instancia.

Generalmente se practicará de manera conjunta con las pruebas del forense, o asistido del mismo, ya que este va a asistir al Juez cuando este carezca de conocimientos necesarios para resolver la materia.

Por otro lado, el internamiento de una persona se considera más como una medida de protección que no siempre da lugar a la incapacidad de la persona.

El internamiento no se considera consecuencia de la declaración de la incapacidad, ya que las causas son muchas más limitadas. El internamiento solo es posible cuando nos encontramos ante la presencia de trastornos psíquicos, no físicos que aconsejan su privación de libertad ambulatoria y un tratamiento adecuado en un centro especial.

Por otro lado, otro tema importante, son las condiciones de la práctica de los exámenes judiciales del presunto incapaz. Este aspecto viene recogido en el artículo 355 LEC. En dicho artículo se establece la posibilidad de realizar el acto a puerta cerrada, ya que la presencia de las partes puede ser molesto para la persona reconocida.

El artículo 355.1 establece que el reconocimiento de las personas se adaptará a las circunstancias de cada caso concreto, permitiendo realizarlo a puertas cerradas o fuera de la sede judicial. Además, establece la posibilidad de intervenir las partes siempre que el tribunal no considere que puede perturbar el buen fin de la diligencia. En todo momento se intenta garantizar el respeto de la dignidad e intimidad de la persona. La naturaleza de esta diligencia probatoria no queda clara, pudiendo considerar que estamos ante un interrogatorio de parte, adoptado de oficio o por la parte. Si se trata de un interrogatorio obligatorio o, ante un reconocimiento judicial.

8.4. PROBLEMAS QUE PRESENTAN EN LA PRÁXIS LA PRÁCTICA DE DICHAS DILIGENCIAS PROBATORIAS.

Podemos encontrar 2 principales problemas que nos encontramos a la hora de llevar a cabo la práctica de las diligencias.

El primero de ellos es: qué ocurre si durante el proceso de incapacitación se produce un cambio de residencia del presunto incapaz.

Este aspecto no debe afectar a la competencia territorial en virtud del principio “perpetuación de la jurisdicción” recogido en el artículo 411, ya que sigue conservando la competencia puesto que el cambio se ha producido una vez que ya ha sido presentada la demanda, y cualquier cambio que se produzca con posterioridad no afectará a la competencia.

Otro problema que nos encontramos es la localización del presunto incapaz. Además, se señalada la posibilidad de entrar en el lugar donde se encuentre el presunto incapaz para llevar a cabo las prácticas de las diligencias probatorias antes tratadas. Siempre deberá respetarse la dignidad e intimidad de esta persona. Se recomienda la práctica anterior a la vista, con el fin de evitar suspensiones innecesarias.

9. CONCLUSIONES.

Una vez que hemos analizado el grueso del proceso de incapacitación, podemos destacar las siguientes conclusiones:

- Tienen capacidad para ser parte tanto las personas físicas desde que nacen hasta que mueren, como las personas que estén válidamente constituidas y también el nasciturus para todos los efectos que le sean favorable.
- Uno de los aspectos que más vemos día a día está relacionado con los menores de edad. Los menores de 18 años no están capacitados para poder ejercer por sí mismos sus derechos, a no ser que estuviera emancipado. Por lo que deberán ejercer sus acciones judiciales y actuar en el proceso bien por medio de un representante legal o a través de su tutor. Además, se puede producir una ampliación de la capacidad de obrar de los menores no emancipados permitiendo que estos puedan intervenir en los procesos judiciales como partes. Aunque puedan llevar a cabo esta acción es necesario que tengan un representante para afianzar la validez de las actuaciones.
- Otro aspecto importante que debemos destacar es la posibilidad de llevar a cabo el proceso que da lugar a la modificación de la capacidad de las personas. El motivo que da lugar a este proceso es la falta de capacidad que tiene la persona para autogobernarse. No todo el mundo alcanza el mismo grado de modificación, sino que encontramos diferentes grados, en función de las circunstancias de cada persona.
Una de las cosas que más me ha llamado la atención es la alusión a que la modificación de la capacidad no favorece en ningún momento al internamiento de la persona. Ya que este favorecimiento hace hincapié en la discapacidad y no en la modificación.
- Aunque parezca un proceso sencillo y rápido, se trata de un procedimiento en el que se debe tener en cuenta muchos apartados como es: la competencia territorial, legitimación pasiva y activa, límites de la modificación etc..
- Antes de estudiar este tema, pensaba que una vez que la capacidad de las personas era modificada, no existía posibilidad de volver a cambiarla. Pero, sí que existe la posibilidad de derogar la declaración de modificación de capacidad cuando cesen las causas que la motivaron.

En conclusión, puedo afirmar que se trata de un tema interesante que nos encontramos día a día. Tema que tiene muchos aspectos a conocer para poder llegar a comprenderlo en su totalidad. Además, no creo que sea un tema sencillo, sino complejo y lleno de aspectos importantes.

10.BIBLIOGRAFIA

-[LIBRO] Aspectos fundamentales de derecho procesal civil. Edición: 2ª ed. Autor: Banacloche Palao, Julio. Editorial: Madrid : La Ley, 2014

-[ARTICULO] Cristian Contreras Rojas. “ La Capacidad procesal de niños, niñas y adolescentes: hacia su reconocimiento amplio y efectivo”.- La Ley Derecho de familia, nº13, Primer trimestre de 2017. Disponible Online: Laleydigital.

(1): Bueno Ochoa, cit., p. 68.

(2) Esta norma se encuentra en armonía con el art. 163 CC (LA LEY 1/1889) que se encarga de establecer quien asume la representación del menor en uno de los casos de excepción, particularmente, cuando exista un conflicto de intereses entre un hijo no emancipado y sus padres, disponiendo que en ese escenario se deberá nombrar un defensor que represente al menor en juicio -y también fuera de él-. La norma agrega que el conflicto debe presentarse con ambos padres, pues si solo se genera con uno de ellos, la representación judicial del menor debe asumirla el otro.

(3) González Pillado, cit., p. 17. Además, el mismo autor remarca que, a diferencia de lo que ocurre respecto al defensor judicial, el Ministerio Fiscal debe realizar todas las actuaciones que le corresponden a su representado y asumir la representación procesal y defensa técnica, sin que sea necesaria la intervención de abogado y procurador.

(4) Garberí Llobregat, José, Constitución y derecho procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal, Thomson Civitas, Madrid, 2009, p. 134.

(5) Ravetllat Ballesté, Isaac, Marco internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia, en AA.VV., Derecho de la persona, Isaac Ravetllat Ballesté (coordinador), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 54 y ss.

(6) En este apartado, se sigue la propuesta de modelos para el reconocimiento de la capacidad de los menores contenida en: Lansdown, Gerison, The Evolving Capacities of the Child, Florencia, UNICEF Innocenti Research Centre, 2005, pp. 49 y ss.

(6) El Comité de Derechos del Niño ha sostenido que existe «una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible». Comité de los Derechos del Niño, cit., párrafo 20.

(7) En este apartado se han seguido varias de las directrices contenidas en: Council of Europe, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, adoptado el 17 de noviembre de 2010, Council of Europe Publishing, 2011

(8) Fernández Molina, Esther y Blanco Martos, Beatriz, Avanzando hacia una 'child-friendly justice'. Un estudio sobre la accesibilidad de la justicia juvenil española, en Boletín Criminológico, Nº157, julio-agosto 2015, pp. 1-4, p. 1.

-[ARTICULO] Inmaculada Palau Benlloch y Gonzalo Pedreño Ávila. “La intervención del Fiscal en el proceso de determinación de la capacidad de las personas”. *Practica de Tribunales*, nº87, Sección Estudios, Noviembre 2011, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 17364/2011. Disponible Online: laleydigital.

-[ARTICULO] Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz y Francisco Jesús González Ruiz, “Procedimiento de modificación judicial de la capacidad de obrar de las personas”. *Práctica de Tribunales*, nº123, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2016, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 8667/2016. Disponible Online: Laleydigital.

(1): Artículo 751 LEC (Ley 58/2000).

(2): Artículo 751.2 LEC (Ley 58/2000).

(3): La terminología actualmente es confusa, ya que el legislador no termina de tener claro cómo denominar al anteriormente llamado «incapaz». La Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo (LA LEY 4950/2009), establecía que, en el plazo de seis meses, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*. Dicho compromiso fue incumplido.

Posteriormente, la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto (LA LEY 15917/2011), recogía el compromiso del Gobierno de remitir, en el plazo de un año, un proyecto de ley que «establecerá las modificaciones necesarias en el *proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que lo precisen*». Compromiso igualmente incumplido.. Aquí se dejaba de hablar de *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*, con lo que parecía que esa desafortunada denominación había sido dejada de utilizar.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LA LEY 11105/2015), habla de *personas con capacidad modificada judicialmente* (en lugar de «personas incapaces») y de persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo (en vez de «presunto incapaz»).

(4): JIMÉNEZ SORIA, J. *Memoria de la Fiscalía de Huelva*. Año 2003.

(5): Como indica MONTERO AROCA, J. y otros (*El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 735) la doctrina actual considera, de forma unánime, a la subfunción cautelar como aquella que sirve para garantizar las funciones declarativa y de ejecución. Sólo de forma muy indirecta podemos considerar a las medidas protectoras como partícipes de dicha función que es evidente que no es la única.

(6): MONTERO AROCA, J. y otros («El nuevo proceso civil», Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 741) indica que no se pueden considerar como medidas cautelares las medidas de aseguramiento de las personas, especialmente las que se refieren a menores o incapaces, que pueden no guardar relación alguna con el proceso principal.

-[ARTICULO] Inmaculada Palau Benlloch, “ La intervencion del Ministerio Fiscal en los procedimientos de internamiento urgente y determinación de la capacidad. Cuestiones de interés”. Práctica de Tribunales, nº123, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2016, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 8668/2016. Disponible Online: LaLeydigital.

- *Manual de Buenas Practicas del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad.* FGE.
- LINDON HERAS, LEONOR. *La Convención sobre derecho de las personas con discapacidad. Toma de conciencia.*
- Doctrina Tribunal Constitucional. STC 141/12 (LA LEY 102281/2012); STC 22/16 (LA LEY 15390/2016); STC 50/16 (LA LEY 28485/2016); STC 13/16 (LA LEY 8334/2016); STC 34/16 (LA LEY 21116/2016).
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:
 - Instrucción 4/08 (LA LEY 623/2008).
 - Instrucción 4/09 (LA LEY 4355/2009)
 - Instrucción 3/10 (LA LEY 3618/2010).
 - CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (LA LEY 2500/1978)
 - Ley 15/2015 de 2 de julio (LA LEY 11105/2015) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.
 - Ley 26/2015 de 28 de julio (LA LEY 12419/2015) de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

-[ARTICULO]:Pedro Eugenio Monserrat Molina, “Especialidades probatorias en los procesos de capacidad de las personas”, Practica Tribunales,Nº87 Sección Estudios, Noviembre 2011, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 17365/2011. Disponible Online: Laleydigital.

- Asencio Mellado (Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alicante), Manual de Derecho Procesal Civil (I).
- Sanz Morán (Magistrado), Criterios judiciales de aplicación de la nueva LEC (LA LEY 58/2000), Editorial LA LEY, diversos autores, parte de los procesos de capacidad.
- Guía práctica de la LEC, Editorial LA LEY, 2ª Edición, diversos autores.
- Número 16 Monográfico: Derecho de Incapacidades, Mayo de 2005, de la Revista de derecho Procesal civil y mercantil, Práctica de los Tribunales, en concreto los estudios del Dr. Juan Antonio Cobo Plana, Director del Instituto de Medicina Legal de Aragón, y de D.ª Yolanda Doig Díaz Profesora Doctora de Derecho Procesal de la UNED.

-[REVISTA ELECTRÓNICA] Xavier O’Callaghan (2016), La incapacitación. Concepto y causas. Disponible Online: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/incapacitacion-concepto-causas-214800>.

-[REVISTA ELECTRÓNICA]- Regulación de las causas generadoras de un proceso de incapacitación (2016). Disponible online: <https://www.iberley.es/temas/causas-incapacitacion-59481>.

