



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen

«Determinación de las alternativas legales más apropiadas
para un caso de enfermedad psíquica»

Autor:

Pilar Godina Bermejo

Director

Dra. Doña. Sofía de Salas Murillo

Facultad de Derecho
Diciembre, 2019

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES DE LA CONSULTA.....	5
	1. SUPUESTO DE HECHO.....	5
	2. CUESTIONES SUSCITADAS.....	7
	3. NORMATIVA APLICABLE.....	7
II.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS: DICTAMEN.....	
	1. QUÉ MEDIDAS OFRECE EL DERECHO PARA LA PROTECCIÓN DE ANA.....	8
	1.1.Referencia legal	8
	1.2.La capacidad de las personas.....	12
	1.3.Mecanismos de protección que ofrece el Derecho para la protección jurídica de Ana.....	13
	A) <i>Procedimiento de incapacitación como el más adecuado</i>	13
	a) <i>Objeto y finalidad del procedimiento de incapacitación</i>	15
	b) <i>Causas de incapacitación. Concurrencia de ellas en Ana</i>	18
	c) <i>Establecimiento del régimen de guarda. Aproximación de conceptos. Preferencia de delación voluntaria</i>	22
	d) <i>Naturaleza jurídica los procesos de incapacitación y especialidades procedimentales para tener en cuenta</i>	33
	e) <i>Inicio del procedimiento: la demanda. Acumulación objetiva de acciones</i>	37
	f) <i>Contestación a la demanda. Vista y prueba</i>	42
	g) <i>Posibilidad de adoptar medidas cautelares respecto de Ana y sus dos hijas menores</i>	45
	h) <i>La sentencia de incapacitación ¿Podría limitar la capacidad de Ana para contraer matrimonio?</i>	50
	B) <i>¿Podría plantearse un internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico?</i>	52
	C) <i>Función de los Servicios Sociales como complemento a las medidas de protección</i>	57
	2. ¿EN QUÉ SITUACIÓN JURÍDICA SE ENCONTRARÍAN LAS HIJAS MENORES DE ANA?.....	63

2.1. Deber de crianza y educación por los padres.....	63
2.2. Posible declaración de desamparo y tutela <i>ex lege</i>	65
2.3. Autoridad familiar de otras personas (o constitución de tutela)	70
3. REFERENCIA A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ADAPTACIÓN Y ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A SUS DISPOSICIONES. SOLUCIÓN AL CASO COMPATIBLE CON LA CONVENCIÓN. PRINCIPIO DEL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PERJUDICIAL.....	75
3. CONCLUSIONES.....	87
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISRPUDENCIALES.....	90

ABREVIATURAS

Art. (s)	Artículo (s).
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CDFA	Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
Ed.	Editorial
FJ	Fundamento Jurídico
IASS	Instituto Aragonés de Servicios Sociales
IMLA	Instituto de Medicina Legal de Aragón
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
Núm.	Número
RC	Número de Recurso
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sra.	Señora
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen

I. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

1. SUPUESTO DE HECHO

PRIMERO. - Ana, nació en Ucrania el 17 de julio de 1995. Vivió en su país natal únicamente con su madre, que sufría problemas étlicos, faltándole la figura paterna pues había fallecido antes de nacer ella. Vivió en un orfanato desde que falleció su madre hasta que vino a España en régimen de acogida, y posteriormente de adopción, siendo su primer contacto con la familia Dante en 2009, cuando tenía catorce años.

En octubre de 2011 fue adoptada por Doña Elena Dante, siendo una adopción monoparental, pero, en todo momento, sus tres hermanos se responsabilizaron también del cuidado de Ana, especialmente su tía Doña Inés.

Apenas hablaba español cuando se produjo su adopción, presentando enormes dificultades de adaptación en los diferentes ámbitos de la vida diaria, sin embargo, progresivamente comenzó a aprender a leer, a escribir y empezó a ir al colegio hasta que finalmente consiguió acceder a un grado medio de auxiliar de enfermería.

SEGUNDO. - Tras el análisis de la documentación recabada, se deduce que Ana consta como diagnosticada de un retraso mental, con capacidad intelectual deficiente y un trastorno límite de la personalidad, que se manifiesta en conductas de abandono, inmadurez en su forma de proceder, inestabilidad emocional y personalidad dependiente. Ana, es fácilmente manipulable por terceras personas, totalmente desinhibida sexualmente (de ahí sus dos recientes embarazos), y son frecuentes sus fugas del domicilio familiar. Sus decisiones son carentes de cualquier sentido racional y es total el desinterés que muestra por sus dos hijas menores.

En más de una ocasión, ha protagonizado episodios autolesivos, que han tenido lugar cuando la Sra. Dante ha intentado corregir su comportamiento, poco responsable e inmaduro, principalmente, con motivo de sus continuas fugas del domicilio familiar, a veces, prolongadas en el tiempo, y, sin tener noticia de su paradero, llegando, incluso, a amenazar con conductas autolíticas de no conseguir su propósito de volverse a ir.

TERCERO. - En mayo del año 2016 se le reconoció por resolución del Instituto Aragonés de Servicios Sociales un grado total de discapacidad del 33%, sin que procediera la necesidad de tercera persona, tras ser examinada por el Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Zaragoza.

CUARTO. - Ana, ha venido manteniendo relaciones afectivas con distintas parejas en lapsos de tiempo consecutivos, que, en todos los casos la han situado en una posición de peligrosa vulnerabilidad y de riesgo para su vida e integridad física y moral, siendo objeto de múltiples episodios de malos tratos y continuas vejaciones.

Estas parejas han abusado de su deficiencia psíquica, de su especial vulnerabilidad y de su personalidad inestable y fácilmente influenciable para doblegar la voluntad de Ana a su antojo y constreñirle su libertad de acción y pensamiento, manipulando su forma de vida, sometiéndola a sus deseos y controlando todas sus actuaciones, provocando continuos abandonos de su ámbito personal y familiar. A esto hay que añadir, situaciones de menosprecio y humillación.

La pareja actual de Ana es David, quien ha sido condenado por coacciones, vejaciones e injurias continuadas, frente a Ana, pero con quien desea contraer matrimonio

QUINTO. - Fruto de dichas relaciones y de su personalidad dependiente y conductas inmaduras e irresponsables, Ana ha obviado el tratamiento médico prescrito para la estabilización de su enfermedad, casi siempre, debido a sus prolongadas huidas del domicilio, generalmente a paradero desconocido, con quien dice ser sus parejas, actualmente con David. Por este motivo, Doña Elena, como madre, ha interpuesto multitud de denuncias de desaparición que dan origen a la incoación de procedimientos penales que, finalmente, se sobreseen y archivan.

SEXTO. - Todo ello, crea un clima de gran sufrimiento para la familia de Ana por la gran preocupación que genera su poca estabilidad mental, temiendo por su vida e integridad física y moral, y por lo perjudicial de los ambientes en los que se está relacionando por sus parejas (drogas, delincuencia, violencia, prostitución...).

SEPTIMO. - Ana tiene dos hijas menores de edad (6 meses y 2 años), fruto de relaciones intermitentes, sin padre conocido, a las cuales Doña Elena, apoyada por Doña Inés, prestan la necesaria asistencia moral y material diaria, pues Ana, no se encarga de la crianza y educación de las mismas.

OCTAVO. - Doña Elena tiene 65 años, y una enfermedad respiratoria que paulatinamente le resta calidad de vida, por ello, quiere delegar el cuidado de Ana y las hijas menores en su hermana Doña Inés, de 50 años.

2. CUESTIONES SUSCITADAS

Del análisis del supuesto de hecho presentado, se deriva la necesidad de afrontar las siguientes cuestiones jurídicas sobre las cuales versará el dictamen:

- ¿Qué medidas ofrece el Derecho para la protección de Ana? Especial referencia al procedimiento de incapacitación. ¿Podría plantearse un internamiento no voluntario por razones de trastorno psíquico? ¿Qué función de los Servicios Sociales como complemento a las medidas de protección?
- En esta coyuntura ¿En qué situación jurídica se encontrarían las hijas menores de Ana?
- Referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y adaptación de la normativa española a sus disposiciones. Solución al caso compatible con la Convención. Prevalencia del principio de respeto a la autonomía de la voluntad como perjudicial para Ana.

3. NORMATIVA APLICABLE

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
- Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959).
- Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York 1989).
- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.
- Constitución Española.
- Código Civil.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

- LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.
- LO 1/1996 de 15 de enero de Protección judicial del menor.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 26/2011 de 1 de agosto de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Real Decreto Legislativo 1/2003, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Ley 5/2009, de 30 de junio de Servicios Sociales de Aragón.
- Ley 12/2001 de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.
- DECRETO 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.
- RD 1971/1999 de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. DICTAMEN

1. QUÉ MEDIDAS OFRECE EL DERECHO PARA LA PROTECCIÓN DE ANA. ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.

1.1. Referencia legal

Por ser un supuesto sobre capacidad, autoridad familiar y tutela, y al tener Ana vecindad civil aragonesa, la ley aplicable en esta ocasión, con arreglo en lo dispuesto en el art. 9.1 y 16 CC, será su ley personal, aplicándose como supletorio el Derecho Estatal (art. 149.3 CE).

También, debemos, hacer referencia a la fundamentalísima Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención) que fue ratificada por España mediante instrumento de 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril), entrando en vigor el 3 de mayo de 2008, y que España como Estado parte debe incorporar en su ordenamiento jurídico interno y armonizarlo con ella, toda vez que esta normativa ya forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 CE y 1.5 CC

No obstante, el presente dictamen se elabora de acuerdo con la legislación actual vigente en España, interpretada de acuerdo con los principios proclamados en la Convención, pero, sin haberse producido por el momento la reforma legal prevista del Código Civil (en adelante CC), el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (en adelante CDFA), ni la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para la adaptación de nuestra normativa a dicho texto internacional.

De marcada trascendencia es el art. 12 de la Convención, que proclama el igual reconocimiento ante la ley de todas las personas, definiéndose un sistema en que lo fundamental es el respeto de la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, un sistema de apoyo orientado a favorecer el ejercicio de dicha autonomía, y la protección legal frente a posibles abusos. Este es, sin duda, un precepto esencial de la Convención que ha tenido gran impacto en nuestro Derecho sustantivo, fundamentalmente en lo relativo a la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, las causas de incapacitación, y en las normas procesales de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, relativas a los procesos de capacidad de las personas. Este artículo supone un cambio esencial en la regulación de la capacidad legal de las personas con discapacidad,

especialmente en situaciones en que puede ser necesario algún tipo de intervención de terceros por tener la persona limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias, obligando a una profunda revisión de nuestro sistema para que no colisione con las disposiciones de la Convención, siendo esta contraria a cualquier forma restrictiva o limitación de la capacidad, y, orientada a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad¹.

Dicho esto, conviene citar, a modo de resumen, las **reglas previstas en nuestra legislación civil**, que determinan todo proceso de modificación de la capacidad de obrar de las personas, y que se podrían sintetizar en las siguientes.

En primer lugar, se parte del hecho de que una persona en quien concurra una enfermedad o deficiencia psíquica o física que suponga un impedimento para su autogobierno, va a poder ser declarada incapaz por sentencia judicial. Dicha sentencia, determinará la extensión y límites de su incapacidad, y establecerá el régimen de tutela o guarda al que quedará sometido el incapacitado. Este será, básicamente, la tutela, como mecanismo de sustitución de la capacidad, o bien, la curatela, con finalidad asistencial para determinados actos expresados en la sentencia, y que, por tanto, se trata de un complemento de capacidad. Ambas instituciones están orientadas a la protección de la persona y/o sus bienes, y siempre deberán ser desempeñadas en beneficio del incapaz. Finalmente, se prevé que dicha sentencia pueda ser revisada, bien para dejar sin efecto la incapacitación, o bien, para modificarla.

De ello se desprende que nuestro sistema gira en torno a la capacidad natural de autogobierno, acoge una finalidad protectora para quien no la tiene, se basa en una sentencia limitativa de la capacidad de obrar, graduable en función de las necesidades de cada caso, plasmándose en un régimen de guarda que puede ser revisado, y de contenido flexible².

Debemos aquí mencionar la **Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009, 2901)**³, en la que analiza y afirma la

¹ <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion> Consultado el día 2 de agosto de 2019.

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 15-18.

³ Se trata de un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia núm. 141/2006, de 20 de marzo de la Audiencia Provincial de Salamanca (JUR 2006, 237085), en la que se desestima un recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de Peñaranda de Bracamonte (Salamanca) de 9 de julio de 2002, por la que se declaró la incapacidad absoluta de una persona para regir

compatibilidad de nuestro sistema jurídico-privado referente a la discapacidad, con las reglas de la Convención, fundamentando diversas pautas de interpretación de nuestra legislación civil para armonizarla con los principios que inspiran su importante art. 12, estableciendo que el sistema de protección del Código Civil seguirá vigente, pero se habrá de interpretar conforme a la lectura que se propone:

1. «Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.
2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Por ello mismo, el Tribunal Supremo en esta sentencia defendió que la incapacitación es, en esencia, una forma de protección, que debe solamente adoptarse en casos excepcionales, pero que no constituye una medida discriminatoria, sino defensora y que no vulnera la dignidad de las personas. Así, entiende que nuestro sistema es compatible con la Convención, y sigue vigente con dichas adaptaciones. Profundizaremos sobre esto en la última de las cuestiones.

Para enfocar esta cuestión y aplicar dicha normativa, debemos partir de una premisa, y es que Ana es una persona discapacitada, pues según el art. 1 de la Convención y art. 4.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 1/2003, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de personas con discapacidad y de su inclusión social, que considera personas con discapacidad «quienes presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. En todo caso, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de

su persona y administrar sus bienes, nombrándose de tutoras a sus dos hijas conjunta y solidariamente, y se encomienda a otro la tutela de los bienes.

discapacidad igual o superior al 33 por ciento». En este sentido, y tomando en consideración la documentación aportada, Ana se englobaría dentro de este grupo, que, conforma un colectivo vulnerable que se ha visto frecuentemente limitado en el ejercicio de sus derechos de libertad, igualdad y dignidad, y, que es, por tanto, necesitado de una protección especial en todos los ámbitos, fundamentalmente a nivel personal, físico y patrimonial. Si bien, este no es requisito para iniciar un procedimiento de incapacitación, ni tampoco se tiene la misma consideración la persona con discapacidad que la persona incapacitada pues la ley les da un tratamiento independiente.

1.2.La capacidad de las personas

Como primera aproximación al contenido de este título, conviene hacer referencia a una serie de cuestiones que son la base de toda explicación en lo que a los procesos sobre capacidad de las personas concierne. Antes de hablar de incapacitación, deberemos hablar de capacidad.

Todo hombre, por el hecho de serlo, es titular de unos derechos y deberes fundamentales, derivados de su naturaleza y dignidad humana, frente al resto de seres humanos⁴, pero es muy diferente la capacidad genérica de ser titular de esos derechos a la capacidad de poder ejercitarlos mediante una actuación válida y eficaz desde el punto de vista jurídico, o, dicho de otro modo, para producir efectos jurídicos mediante actos propios, conscientes y voluntarios⁵.

Esta capacidad está completamente vinculada a la «capacidad natural de conocer y querer», que no es otra cosa que la capacidad de autogobierno y de atender al cuidado de su persona y bienes, y se pueda hacer con plena eficacia jurídica, lo que es consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

En el CDFA, su artículo 34, establece la presunción de capacidad vinculándolo al mayor de catorce años. Así, en Derecho Aragonés se presume capaz a la persona que ha cumplido catorce años y no ha sido declarada incapaz, y también, se presumirá que tiene su aptitud de entender y querer para actos concretos, siempre que no se demuestre lo contrario, y para ello, una vía posible sería la incapacitación.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Derecho Privado...», cit., p. 324 y 325.

⁵ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre la capacidad de las personas*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 18.

Siguiendo la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y puesto en relación con el supuesto de hecho objeto del presente dictamen, se puede decir que Ana en estos momentos tiene capacidad de obrar plena por darse en ella ambos requisitos objetivos, pero que, sin embargo, puede deshacerse esta presunción mediante un procedimiento de incapacitación que culmine con una sentencia que declare su falta de capacidad para regir su persona y bienes. Y es que, en nuestro ordenamiento jurídico, es causa de incapacitación la concurrencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, lo cual podrá desembocar en una sentencia judicial que modifique su capacidad de obrar. Únicamente podrá ser mediante este tipo de resolución judicial, desprendiéndose así del art. 38 CDFFA y 199 CC «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley», y para llegar a ello, será necesario el correspondiente procedimiento judicial establecido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 748 y ss), y que va a ser objeto de estudio en el presente dictamen al considerar es la mejor vía para salvaguardar los intereses de Ana y sus hijas menores.

Conforme a los preceptos citados, hasta que no se produzca la declaración firme modificativa de la capacidad, Ana continuará ostentando la capacidad que tenía antes del proceso, y conforme a los art. 10 CE, 38 CDFFA y 760.1 LEC, las limitaciones de su capacidad de obrar restringirán los actos puede hacer, de manera que continuará ostentando para el resto plena capacidad.

1.3. Mecanismos que ofrece el Derecho para la protección jurídica de Ana

Vistos los antecedentes, y ante la realidad que vive Ana y su familia, debemos plantear las distintas medidas que ofrece el derecho para la protección personal, física y patrimonial de Ana, centrándonos especialmente en el procedimiento de incapacitación por considerar que es el más adecuado.

A) *Procedimiento de incapacitación.*

Tradicional y actualmente, la incapacitación es la limitación de la capacidad de obrar de la persona establecida por sentencia judicial cuando en la persona concurren alguna de las causas que establece la ley. Consiste pues, en privar, a una persona física,

en principio capaz, de su capacidad de obrar, mediante sentencia y únicamente por las causas establecidas en la ley⁶. Estas causas se prevén en el art. 38 CDFFA «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» y 200 CC, y hacen referencia a la imposibilidad de autogobierno, a la posibilidad decidir y actuar de manera libre y responsable en su esfera personal y patrimonial, por lo que, el fin de la incapacitación es la protección del incapacitado, para proteger esos dos ámbitos.

Con este proceso la pretensión girará en torno a que se declare que Ana carece de aptitud para gobernarse a sí misma debido a su enfermedad o deficiencia psíquica. La limitación de su capacidad, que es graduable, supondrá que Ana no tendrá la aptitud necesaria para realizar válida y eficazmente los actos referidos en la sentencia, creándose entonces una nueva situación jurídica para ella. Esta limitación, implica la necesidad de que la capacidad del incapacitado sea sustituida o completada por otra persona, que podrá un tutor, que la representaría (art. 100 y 130 y ss CDFFA y art. 267 CC), un curador (art. 287 y 289 CC y art. 43 CDFFA), que le asistiría o complementaría su capacidad, o mediante la rehabilitación de la autoridad familiar de su madre (art. 171 CC y art. 42 CDFFA), que en este caso, en un primer momento, procedería, por darse en Ana los requisitos del art. 42 CDFFA, como más adelante veremos, con contenido de tutela o curatela, pero que puede excepcionarse por la autoridad judicial si hubiera motivo para ello⁷.

Será la sentencia la que determinará la capacidad del incapacitado, pero le serán de aplicación, en lo no dispuesto, las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido catorce años, en caso de que el régimen por el que se opte sea la tutela o la rehabilitación de la autoridad familiar, o bien, las del menor mayor de catorce años en caso de ser sometida al régimen de curatela (art. 39 CDFFA).

Al abordar un supuesto en el que sugerimos se promueva la declaración de la incapacidad de Ana en los términos que previene el art. 38 del CDFFA en relación con los art. 199 y 200 del CC y art. 760 LEC, tenemos que afirmar, como tal procedimiento que resulta acorde con la Convención desde el momento que queda patente esta regulación en modo alguno resulta una actuación o medida judicial discriminatoria para con el presunto

⁶ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit., p. 45.

⁷ PARRA LUCÁN, M.^a, «Derecho de la Persona», en *Curso de Derecho Civil (I)*, Contreras (coord.), t. I, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 131-135.

incapaz, al sustentarse sobre una situación procesal merecedora de la máxima protección con características específicas y propias, en las que resolución definitiva siempre deberá referir a una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas, tras una serie de pruebas concluyentes, se acredite que no pueden o permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección a la familia sino única y exclusivamente de la persona afectada (STS núm. 282/2009 Sala 1º de 29 de abril de 2009, FJ 5º).

a) Objeto y finalidad del procedimiento de incapacitación.

En primer lugar, debemos recordar, que la incapacitación hasta ahora ha sido considerada como un estado civil, constituyendo este el eje del Derecho de la Persona y la posición que una persona ocupa dentro de la comunidad nacional, y de este estado civil, dependerá la capacidad de obrar como afirmaba DE CASTRO ⁸.

El procedimiento de incapacitación tiene como objeto determinar que Ana carece de aptitud para autogobernarse debido a una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico o físico. La consecuencia directa de ello es una limitación o reducción de su capacidad de obrar, aunque no es sinónimo de definitiva, pues se prevé, como se infiere del art. 761 LEC, que, si cambiasen las circunstancias, se podría reintegrar la capacidad de Ana (en caso de ser declarada incapaz) mediante el proceso pertinente.

Es decir, el objeto de este procedimiento es la pretensión de la declaración de que en Ana concurren las causas de incapacitación que le impiden su autogobierno (art. 38 CDFA y 200 CC). De lo anterior, se desprende que, si en Ana concurren estas causas, lo cual será examinado por el Juez durante el procedimiento, deberá dictarse resolución que adopte las medidas adecuadas para la protección y curación, recuperación o estabilización de su enfermedad, declarando que carece de aptitud para autogobernarse debido a la concurrencia de las mismas⁹. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que la incapacitación produzca siempre los mismos efectos jurídicos, ya que el Juez, deberán determinar caso por caso el alcance de la capacitación de cada persona, su graduación.

⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Derecho Civil en España*, Civitas, 1984, tomo II, p. 48 y ss.

⁹ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit., p. 42.

Se trata entonces de una pretensión constitutiva que afecta al estado civil de las personas, y el principio de protección del presunto incapaz, como derivación del principio de dignidad humana, es lo que debe inspirar el proceso y la resolución judicial, y así y lo apuntó el Tribunal Supremo en la STS núm. 738/1999 de 16 de septiembre (RJ 1999,6938).

Esta declaración, que reducirá o limitará la capacidad de obrar de Ana con la delimitación de su extensión en función de su grado de discernimiento, no viene sola, no es que el ordenamiento se vaya a desentender de la protección de los derechos e intereses de quien la sufre, más bien es todo lo contrario, ya que establece normas apropiadas a estos fines, y lleva consigo otras determinaciones como son, el régimen de tutela o guarda al que va a quedar sometida Ana o sus hijas y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (art. 760.1 LEC)¹⁰.

De lo anterior se colige que este proceso tiene por objeto pretensiones estrechamente relacionadas con la restricción de Derechos fundamentales que afectan a la capacidad de obrar de las personas, a su estado civil, como por ejemplo son el de igualdad, consagrado en el art. 14 CE, cuya efectividad corresponde a los poderes públicos conforme al art. 9.2 CE o el derecho fundamental a la libertad y seguridad que reconoce el art. 17 CE.

Al afectar a derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, en su STC 174/2002, de 9 de octubre (RTC 2002, 174) ha precisado que «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1984, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un proceso en el que se respeten escrupulosamente los tramites o diligencias que exigía el art. 208 CC (que en el momento presente se imponen en el art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el

¹⁰ CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del Enfermo Mental*, 2ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 26 y 27.

órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (art. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE».

Tal y como veníamos diciendo, si se constatase la existencia de las causas que dan lugar a la incapacitación, la sentencia incapacitará a la persona, dando lugar al estado civil de incapacitado, y, la sentencia que lo declare, no solamente conllevará la delimitación de la extensión y límites de la capacidad de obrar de Ana, si así lo considera el Juez, si no que tiene un segundo importante efecto que es complemento necesario de esa limitación, y es la de la configuración de las instituciones de guarda y protección a que debe someterse al declarado incapaz, previsión que hace el art. 38 CDFA y el art 760.1 LEC. El procedimiento de incapacitación, tal y como indicábamos al comienzo, debemos concebirlo como una forma de protección. Si bien es cierto lo anterior, este limitará el ejercicio de sus derechos fundamentales de la persona, no su titularidad, y por ello se hará siguiendo un criterio restrictivo. Adoptar esta medida en el caso que nos ocupa únicamente sería por el propio bien de Ana y con el objetivo de protegerla.

El contenido negativo de la incapacitación es la limitación legal de la capacidad con la que se intenta impedir que la actuación de quien carece de capacidad natural pueda perjudicarle. La limitación encuentra su sentido en evitar decisiones perjudiciales, o que terceras personas con las que pueda relacionarse abusen o se aprovechen de su limitación en las facultades intelectuales o volitivas de la persona. Por otra parte, el contenido positivo lo constituye la adopción de diferentes mecanismos jurídicos para proteger la persona y los bienes de la persona, debiendo actuar siempre en su beneficio¹¹.

El motivo de acudir a la incapacitación es conseguir el objetivo de protección y bienestar de la presunta incapaz, pensando que es la medida que más se ajusta a sus intereses y responde mejor a sus necesidades, teniendo en cuenta sus circunstancias familiares, su enfermedad, los peligros a lo que se enfrenta y los abusos que sufre por

¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 94.

terceras personas. Entendemos, por ello, que, la consecución de lo pretendido no puede alcanzarse con otros mecanismos o instituciones previstos en nuestro sistema, como alternativas más sencillas o flexibles, y que tienen preferencia a la luz de la Convención, que enseguida haremos mención. Sin embargo, cabe advertir, que, como procedimiento judicial muchas veces es vivido por las personas enfermas con gran afición, por lo que no valoraríamos esta posibilidad de no considerar que se podría lograr con él un bien o ventaja superior al mismo.

b) Causas procedimiento de incapacitación. Concurrencia de ellas en Ana.

Dicho esto, conviene detenerse a delimitar los conceptos que conforman las causas de incapacitación en virtud del art. 200 CC y 38 CDFa, y así poder cerciorarnos si procede la incapacitación en el caso de Ana, y se satisfaga con ello nuestra pretensión que así se declare por el Juez, con los efectos que ello supondrá.

Recordemos que, en el Derecho Aragonés, en el art. 38.2 CDFa, ya se definen las causas de incapacitación, sin ser una lista cerrada, estableciendo que lo son aquellas enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Es decir, son tres las premisas conjugadas las que se precisan.

En primer lugar, es necesario que Ana adolezca una **enfermedad o deficiencia psíquica o física**.

Pues bien, si nos fijamos en los informes médicos que fueron aportados, Ana padece de una enfermedad o deficiencia intelectual pues se le diagnostica en varios de ellos de «inteligencia límite», con un «coeficiente intelectual de 76 inferior a la media», «retraso mental», «trastorno mental de leve a moderado, lo que implica una pobre comprensión y adaptación a situaciones sociales», «pobres habilidades de concentración y memoria, existencia de un trastorno neurológico, problemas de memoria, recuerdo y reproducción de la información que presenta Ana, aunque se recomienda la valoración de un neurólogo», «retraso mental de leve a moderado con un trastorno límite de la personalidad con patología dependiente» y un largo etcétera de valoraciones psicológicas que llevan todas a la misma conclusión.

A efectos del procedimiento de incapacitación, ha sido circunscrito por el Tribunal Supremo el concepto de deficiencias como «aquellos estados en los que se da un

impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes» en su STS de 31 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9483).

En este contexto, la doctrina recogida en una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (SAP Barcelona, Sección 18º, de 8 de febrero de 2002, JUR 2002, 113594) reiterada por otras Audiencias¹² sostiene que las enfermedades mentales constituyen la causa más peculiar de modificación de la capacidad de obrar ya que quien se encuentra en este estado son incapaces para realizar casi todos los actos jurídicos, y recalca que lo esencial ya no es el padecer una enfermedad mental, sino que se sufra una perturbación que sea origen de un «estado mental» propio con repercusiones jurídicas, que se caracteriza por «la existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico). Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico). Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer sus propios intereses, o dicho en palabras del Código, que le impida gobernarse por sí mismo (criterio jurídico), si bien tal expresión, ambigua y desorientadora, por su excesiva radicalidad, no debe interpretarse en sentido absoluto pues bastará que la enfermedad o deficiencia de que se trate impliquen una restricción sustancial o grave de autogobierno de la persona a la que respectivamente afecten, pues, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, no puede exigirse un estado deficitario del afectado mucho más profundo o grave del que resulta de la propia literalidad del precepto mencionado».

Ahora bien, para que dicha enfermedad o deficiencia sea determinante de la incapacitación, debe conjugarse con el requisito de que sea **persistente y grave**, y en consecuencia impida el autogobierno¹³. Así ha sido señalado por la STS núm. 282/2009, de 29 de abril (Sala de lo Civil, Sección 1º) (RJ 2009, 2901) que determina que «[...] para que se incapacite a una persona que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito,

¹² CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 50-54.

¹³ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 47-51.

o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la persona afectada por sí misma».

Así, el concepto de autogobierno se configura como una formula genérica, muy amplia y flexible, y, serán los Jueces y Tribunales quienes decidan, en última instancia, si es conveniente o no la incapacitación en función de tal concepto, que lo conforman las condiciones de entendimiento, voluntad, madurez mental, raciocinio, lucidez mental, sin que haya una vinculación con las clasificaciones médicas de las deficiencias o enfermedades. Es decir, la enfermedad o deficiencia diagnosticada en Ana por los psicólogos y psiquiatras no es por sí misma una causa de incapacitación, deberá afectar a su autogobierno.

Pese a que luego este extremo, sea valorado por los Jueces o Tribunales, en este momento debemos regirnos por los informes médicos aportados por la Sra. Dante para adelantarnos a la conclusión que en su momento pudiera alcanzarse en la sentencia, para decir que, en Ana, efectivamente, se da esta circunstancia de falta de autogobierno.

Ello es así, pues, sin ánimo de exhaustividad, en el informe de 6 de diciembre de 2016, se dice que Ana tiene un comportamiento integrado por conductas de gran inestabilidad emocional, por la toma de decisiones no meditas y que no es consciente de los riesgos que adquiere, ni los peligros a que se enfrenta. También, se pone en relieve que es fácilmente influenciable y manipulable por terceras personas.

Por su parte, en el informe de 11 de julio de 2017, se evalúa que Ana, no es consciente de las consecuencias de sus actos y actúa con irresponsabilidad, así como aprecia que, su déficit cognitivo le incapacita parcialmente para administrar de forma autónoma y libre su vida personal y las responsabilidades que se ha creado. Que hay falta de conciencia en el sentido de reflexión, meditación y serenidad a la hora de tomar decisiones y desconocimiento de las implicaciones que conllevan.

Por último, el informe de 19 de abril de 2017 sopesa que su conducta, en ocasiones, ha sido de riesgo para ella y para su hija consecuencia ello de su inteligencia limite, su inmadurez, inestabilidad emocional, baja tolerancia a la frustración e impulsividad. Asimismo, se valora que tiene dificultad para reflexionar y tomar decisiones razonadas y meditadas sobre su vida personal, así como para asumir responsabilidades. A su vez, dice que presenta dificultad para planificarse metas a medio y largo plazo y que le falta constancia para dirigir su actividad a la consecución de las

mismas. También, valora, que muestra una discapacidad para el autogobierno de su persona, precisando asistencia y control de terceras personas que aseguren el adecuado cumplimiento terapéutico, eviten conductas de riesgo y le ayuden a mejorar su nivel de maduración personal. Y añade, que no se encuentra en este momento capacitada para responsabilizarse del cuidado de su hija, y que necesita el control de terceras personas para la administración de bienes cuya cuantía supere al pequeño gasto cotidiano.

Todo lo anterior, nos llevaría a inferir, que, en principio Ana tiene afectada su capacidad de autogobierno, dándose en ella esta segunda causa de incapacitación prevista en la Ley, y que ello, es derivado de su enfermedad o deficiencia psíquica.

Si bien, con ello no sería bastante, pues la enfermedad de Ana tendrá que ser **persistente**, es decir, que tienda a prolongarse en el tiempo, de manera que sea un período de importancia suficiente que justifique la adopción de una medida como la incapacitación¹⁴. Es decir, que, por sus características, presente una proyección de permanencia hacia el futuro, con efectos graves sobre la capacidad volitiva y de decisión¹⁵. Esto lo podemos colegir, en principio, del pronóstico que dan Ana los facultativos, de la naturaleza de su enfermedad, y de observar su evolución en los años anteriores la cual ha sido con tendencia al empeoramiento.

Dicho lo anterior, la conclusión a la que podemos llegar es que Ana podría ser sujeto de una incapacitación judicial, tras la constatación por el Juez o Tribunal de que en ella concurren las causas que pueden dar lugar a la misma.

En relación con el objeto del proceso y sabiendo ya que en Ana se dan las causas legalmente previstas para ser incapaz, con el proceso judicial de incapacitación conseguiremos la constatación oficial de que Ana tiene la capacidad de obrar limitada. Ello tiene un sentido clave, y es que su situación jurídica cambie, pues de hecho Ana es incapaz, «incapaz natural» y así se define a las personas en quienes falta la capacidad natural de querer y entender, que no estén en condiciones de autogobernarse pero que, sin embargo, no se ha seguido el procedimiento de incapacitación, y por tanto, debe considerárseles plenamente capaces de ejercitar sus derechos y obligaciones, y no gozan de la tutela que el sistema ofrece a quien es declarado incapaz, por lo que no goza de especial protección.

¹⁴ PARRA LUCÁN, M.^a A., «Derecho de la Persona...», cit. p. 137.

¹⁵ STS núm. 439/2004, de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1641).

c) Establecimiento del régimen de guarda. Aproximación de conceptos. Preferencia de tutela.

Ya hemos visto que la sentencia que declare la incapacitación se pronunciará también sobre el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760.1 LEC y art. 38 CDFA) y la justificación de aquello, no es sino la de completar la capacidad que le va a limitar por el Juez conforme a su capacidad de autogobierno. Es un complemento o sustitución necesario. Y, según el grado de incapacitación que se determine, se fijará una u otra de las instituciones de guarda.

Nuestro Derecho común y foral, prevé distintas instituciones de guarda en función de la extensión y los límites de la capacidad declarado en sentencia, es decir, dependerá del grado de discernimiento del incapacitado. Estas podrán ser la tutela, la curatela, y el defensor judicial (art. 215 CC y 100 CDFA). A ellas, pueden contribuir la guarda de hecho y la guarda administrativa. Aquí entra en juego la gradación de la incapacitación. Generalmente, si el grado de discernimiento es mínimo, procederá la tutela (art. 222 y ss CC y art. 130 y ss CDFA), siendo el tutor el representante del incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí mismo conforme a la ley o la sentencia de incapacitación (art. 136.2 CDFA). A la contra, si el grado de discernimiento es mayor procedería la curatela (art. 286 y ss CC y art. 148 y ss CDFA), que se configura como una asistencia o complemento para los actos que determine la sentencia o la Ley (art. 150 CDFA). A través de ellas, se dotaría a Ana de un sistema de apoyos necesarios para garantizarle el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Actualmente, las instituciones tutelares tal y como se regulan en nuestra legislación vigente para los incapaces, son fuertemente criticadas por parte de la doctrina, que reclama la reforma del sistema legal a la luz de los principios que inspiran la Convención. Concretamente, se denuncia el peso excesivo atribuido al Juez y la poca permeabilidad del Derecho privado a las propuestas de la Convención, que parte del carácter subsidiario de la protección y del carácter preferente de la autonomía de la voluntad¹⁶, pero como ya adelantamos, el presente dictamen se elabora con la normativa ahora en vigor, por lo que nos ceñiremos a ella.

¹⁶ PARRA LUCÁN, M^a A., «Instituciones de guarda (I). La tutela», en Tratado de Derecho de Familia, Yzquierdo (dir.), Volumen VI, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 202-204.

La **tutela, la curatela y el defensor judicial** son un deber del que solamente se podrá excusar por los supuestos previstos en la ley, su ejercicio será personal y estarán sometidas a control por la autoridad judicial. A ello hay que añadir que, se ejercerán siempre en beneficio del tutelado, atendiendo a su interés superior. (La explicación de estas figuras para Ana es extensiva a las de protección de sus hijas menores).

Los caracteres comunes a todos los cargos tuitivos o tutelares se resumen en que son de carácter obligatorio, pese a que como dijimos se podrá excusar su desempeño siempre que sea por una causa establecida por ley. Que suele recaer en un familiar cercano el nombramiento de la persona que ejerza el cargo, no obstante, el art. 234 CC tras la reforma operada por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, permite al tutelado a adoptar disposiciones sobre los órganos tutelares conforme al principio de autotutela, y podrá prever a cualquier persona aunque no sea familiar. Que deberá inscribirse en el Registro Civil para permitir a los terceros conocer la capacidad de las personas, a efectos de los contratos que celebren, de manera que, si son celebrados por personas que hayan quedado sometidas a tutela serán nulos de pleno derecho, ya que correspondería en todo caso a su representante legal. Si se hubieran hecho por personas a quienes se haya asignado un curador o defensor judicial serán anulables, y los actos y contratos celebrados por el tutor que no tuvieran autorización judicial también serán nulos, siempre que esta fuera preceptiva¹⁷.

En este aspecto, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil en su art. 4. 11º y 4. 13º son inscribibles en el Registro Civil los hechos y actos sobre la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona, por lo que la tutela, la curatela y el resto de las representaciones legales y sus modificaciones, y la autotutela y los apoderamientos preventivos (que ahora trataremos) deben figurar. En concreto, el art. 73 de la citada ley recoge esta previsión, adelantando que dichas inscripciones solo serán oponibles a terceros si están inscritas.

Sin ánimo de exhaustividad las definimos.

¹⁷ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 235-237.

La **tutela** es entendida como la institución de guarda y protección más amplia que contempla nuestro ordenamiento jurídico, por la que se encomienda a una persona (el tutor) la representación de otra (el incapaz). Procede cuando se declara la incapacidad total de una persona, para regir su persona y sus bienes, y se convierte el tutor en el representante legal del incapaz, ya sea en el ámbito personal como en el patrimonial. La tutela abarca, tanto el cuidado y atención personal como la administración del patrimonio.

La administración de los bienes incumbe al tutor si no se ha designado tutor de todos o parte de los bienes o no haya designado administrador para determinados bienes (art. 135 CDFFA).

En el contenido personal de la tutela se destacan los rasgos familiares y, cuando recae sobre menores, la figura del tutor es similar a la de los padres, pues la tutela tiene el mismo contenido que la autoridad familiar, incluido, por tanto, el deber de tener al menor en su compañía. La edad del menor es decisiva para determinar la extensión y modo de ejercicio de los deberes del tutor (por ejemplo, a efectos de la representación o la prestación de asistencia según sea o no mayor de catorce años) (art. 136.1 CDFFA).

La **curatela** se concibe como una figura para complementar la capacidad de aquellas personas que, sin ser totalmente incapaces, poseen cierto grado de autogobierno que les permite adoptar las decisiones más sencillas sobre su persona y/o bienes, sin embargo, no alcanzan la plena capacidad. Se trata esencialmente de una institución de asistencia y no de representación, quedando limitada la intervención del curador a aquellos actos que la persona incapacitada no pueda realizar por sí solo, y que expresamente establezca la sentencia. La Convención parece que aboga más por esta figura, por cuanto permite ampliar el grado de autonomía del incapacitado, si bien, puede que ello no sea lo mejor para los intereses de la persona en función de su situación particular, como entendemos, es el caso de Ana, al entender que procede la incapacitación total.

Ahora bien, la opción por una u otra figura y su contenido es cometido del Juez que decida sobre la incapacitación de Ana en la sentencia, y como dijimos irá en función del alcance de la incapacitación y de los ámbitos para los que se haya previsto protección y el contenido (supervisión, asistencia, cuidado, representación...).

El **defensor judicial** (art. 299 y ss CC y art. 153 y ss CDFFA) puede definirse como una figura de guarda esporádica, frente a la relativa continuidad de las dos

anteriores y al mismo tiempo compatible con ambas, actuará de manera provisional y transitoria. Su atribución es la de representar, o en su caso, asistir al incapaz en situaciones en que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador, o cuando éstos no existen.

Tampoco debemos olvidar que en previsión art. 303.1 CC, en su redacción dada por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, abre la puerta a que se puedan adoptar ciertas medidas, que sí son judiciales, previamente a que se incapacite a Ana o se incoe el procedimiento por quienes se hacen cargo de los menores, asumiendo funciones tuitivas, pero sin nombramiento, es decir, **al guardador de hecho** (art. 156 y ss CDFa).

Esta figura está contemplada en el Derecho Aragonés. Se produce cuando una persona, distinta de los progenitores, sin estar designada para ello por el juez, asume la protección de la persona y bienes del presunto incapaz o de un menor. Se concibe como una situación que pasa de ser meramente fáctica, de hecho, para convertirse en un sistema jurídico de protección, en principio, transitorio, pues se limitaría a que Ana no requiera incapacitación ni la constitución de tutela, pudiendo ser su guardador de hecho su tía Doña Inés, así como de las menores, con los deberes que la Ley impone, cautelarmente hasta que la sentencia decida sobre la situación y régimen de guarda de estas. El guardador está obligado a poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

Asimismo, está prevista en el art. 762.1 LEC (sobre medidas cautelares) y estrechamente relacionado con la obligación del Ministerio Fiscal de promover la incapacitación (art. 757 LEC). Esto es, ya que según el art. 762.1 LEC en cuanto el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación deberá promover todas las medidas necesarias para la protección del menor o incapaz, y entre ellas está la prevista en el art. 303.1 CC.

Visto el contenido de dichas figuras, en nuestro caso, la que más adecúa a las circunstancias particulares de Ana, pensamos es la tutela de su tía Doña Inés. Esta se aplicaría, de estimarse por el Juez, a menores o incapacitados no sometidos a la autoridad familiar, siendo su finalidad y objetivo similar (art. 43 CDFa).

Con esta previsión, se quiere decir que la **autoridad familiar** puede ser rehabilitada y será ejercida por quien correspondería si Ana fuese menor, es decir, por la Sra. Dante (art. 9, 41-45 y 100 y ss CDFa), sin que sea preciso establecer un mecanismo

tutelar lo cual sigue las reglas de la lógica. Debemos partir del presupuesto de que Ana ya ha alcanzado la mayoría de edad. La rehabilitación de la autoridad familiar procede cuando la incapacitación se produce después de la mayoría de edad si el hijo es soltero, convive con sus padres o con cualquiera de ellos y no hubiera previsiones sobre la autotutela. El régimen aplicable será el previsto en la declaración de incapacitación, y de forma subsidiaria conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela (art. 171 CC y 44 CDFa). Es decir, el Juez podrá, en la sentencia, fijar cualesquiera disposiciones para adecuar el contenido típico de la autoridad familiar a las circunstancias concretas del incapacitado¹⁸.

Las exigencias para la rehabilitación de la autoridad familiar que vienen establecidas en los artículos arriba mencionados confluyen en el caso de Ana pues es mayor de edad, no ha contraído matrimonio (pues el cónyuge sería preferido) y convive con su madre. Así, se evitaría la constitución de tutela, que es lo pretendido por el legislador, y Ana regresaría a la autoridad familiar de su madre si sobreviene la incapacitación. Podría estimarse por el Juez que es la figura más conveniente para salvaguardar la persona y bienes de Ana, y se procedería a la designación de tal cargo conforme a los art. 100 y ss del CDFa que se ejercitará en los términos de los art 9 y ss de dicha ley y el art 38 de la misma (SAP Zaragoza, sección 2º, núm.301/2009 de fecha 21 de mayo, FJ 2º y 3º). Así, de conformidad con los art. 41 y 42 del CDFa se rehabilitará en su caso, por ministerio de la ley la autoridad familiar siendo ejercida por Doña Elena, como si un menor de edad se tratase, por lo que necesita autorización de la autoridad familiar o de la Junta de Parientes para los supuestos previstos en los art. 14 y ss CDFa.

No obstante lo anterior, como deviene lógico, esta rehabilitación de la autoridad familiar no procede cuando los padres, en esta ocasión, la Sra. Dante, quien sería la llamada a desempeñarla, no se encontrara en situación de hacerse cargo de Ana, por ejemplo por el padecimiento de su enfermedad y edad avanzada, por entender que estas circunstancias dificultarían enormemente el ejercicio de su función, y que persistirán en el momento en que, si así lo estima el juez, se incapacitara a Ana. Pese a ser inexcusable conforme al art. 64 CDFa podríamos dirigirlo por la vía del art. 126 CDFa, en que se

¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., «Instituciones de guarda (I). La tutela», en Tratado de Derecho de Familia, Yzquierdo (dir.), Volumen VI, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 189-194.

prevé la excusa en el desempeño de las funciones tutelares como su continuación, y específicamente se prevé que son excusables para estas razones (art. 101 y 106 CDFFA).

En este momento, podría resultar apropiado hablar de los **modos de delación** por los que se difieren las funciones tutelares son tres: disposición voluntaria en documento público, resolución judicial (sentencia de incapacitación) y disposición de ley en caso de desamparo de menores o incapacitados.

Haremos algún apunte sobre las delaciones voluntarias (autotutela y delación paterna).

Así, tenemos que pensar en otra figura prevista en nuestro Derecho común y aragonés, que fue incorporada en el art. 223 CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre y que es la **autotutela**. Esta, es una facultad que se reconoce a las personas para que designen al tutor que habrá de guardar su persona y bienes en previsión de su futura incapacitación¹⁹. Y debemos pensar en ella por dos motivos. En primer lugar, porque excluiría la rehabilitación de la autoridad familiar en la Sra. Dante (art. 43 CDFFA), y por otra, porque con ella podría conseguirse el objetivo de que la institución tutelar se estableciera a favor de su tía Doña Inés que, es la preferencia de Ana, y de su madre. La persona, que en su caso podría designar Ana en el documento público, sería quien ocuparía la posición primera en el llamamiento a ser tutor (art. 234 CC) o en su caso, curador. Lo que en este documento se designe por Ana, vincularía al Juez (art 114 CDFFA), impediría la rehabilitación de la autoridad familiar en la Sra. Dante, siempre que no exija otra cosa el beneficio del incapacitado (art. 224 CC y art 43 CDFFA). De este modo, podemos pensar que, en un primer momento, parece una solución útil para nuestro supuesto en función de las pretensiones de Doña Elena.

Es entonces ahora, cuando debemos analizar la figura de la autotutela con mayor detenimiento.

En primer lugar, supone un avance de nuestro sistema hacia un método más flexible de protección las personas con discapacidad, siendo esta la tendencia en los últimos años. La autotutela, se introdujo en el Código Civil junto los **poderes preventivos** pese a que son dos figuras distintas. Estos últimos, también llamados mandatos de protección, consisten en que el interesado cuando es plenamente capaz otorga un poder a

¹⁹ PARRA LUCÁN, M.^a A., «Derecho de la Persona...», cit. p. 134.

favor de una persona para que se haga cargo de su persona y sus bienes cuando ya no pueda hacerlo, siendo un sistema no judicializado, y se extinguirá, como se colige del art. 1732 CC y art. 114.2 CDFA en relación con el art. 109 CDFA, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, pudiendo entonces terminar por resolución judicial al constituirse la institución tutelar o posteriormente a solicitud del tutor. Ahora bien, dada la naturaleza del caso, nos regiremos examinar a la figura de la autotutela por estimar que tiene un mayor encaje en las exigencias del caso y estar orientada al establecimiento de la institución de la tutela.

Así, la **autotutela**, preferida por la Convención, viene recogida en el art. 108 CDFA y el art. 223 CC (delaciones voluntarias hechas por uno mismo) que establecen que «Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado». De este modo, en los procedimientos de incapacitación el Juez recabará del Registro Civil la certificación correspondiente para comprobar si existe esta disposición. Estas disposiciones vincularán al Juez en el momento de constituir la tutela, con la excepción que ya dijimos (que el interés del incapaz exija otra cosa). Y por su parte, el CDFA lo vincula al principio *standum est chartae* previendo básicamente lo mismo, pero añade que se podrán dispensar causas de inhabilidad.

La autotutela es una declaración de voluntad unilateral, personalísima y revocable. Entraña el juego de la autonomía privada dentro del régimen legal de guarda cuando todavía se conservan facultades mentales para ello. Su eficacia dependerá de la incapacitación y en todo caso, será constituido por el Juez, sin que se pueda disponer del objeto del proceso, ahora bien, el Juez deberá ajustarse en la medida de lo posible a las designaciones voluntarias²⁰, y una autotutela en favor de su tía Doña Inés podría ser una opción, siempre que cumpla los requisitos del art. 123 CDFA. Ahora bien, al hacerse en escritura pública, será el Notario quien determine si tiene la capacidad suficiente para realizar esta disposición, así como controlar su legalidad.

²⁰ PARRA LUCÁN, M^a A., «Instituciones de guarda ...», cit. p.

En principio, podría nombrar a quien quisiera, si bien si quisiera que su tutor fuera **David** podría estar excluido del cargo de tutor en virtud de los art. 243 y 244 CC y 123 y 125. 1 d) y h) CDFIA por haber sido este condenado por un delito que hace suponer que no iba a desempeñar correctamente la tutela y por tener un conflicto de interés con la presunta incapaz. Si bien estas causas pueden ser dispensadas en la delación voluntaria, y debería entrar a valorar el Juez sobre su procedencia.

Muchas veces el sistema judicial tal y como está diseñado puede ser ineficaz, pese a estar hecho para dotar de las máximas garantías las personas que necesitan protección, y por ello, todos los mecanismos previstos para protegerlas dependiente de un proceso judicial y una sentencia. Así, la tendencia de los últimos años se orienta hacia sistemas más flexibles de protección como son los que acabamos de mencionar. Tanto la autotutela como los poderes preventivos son representativos del respeto de la voluntad del interesado en el momento que es capaz para el caso que deje de serlo, pero precisamente es por esta configuración, por la que entendemos que no encajan plenamente en el sistema vigente de incapacitación, al que son complementarios. No son, por tanto, excluyentes de esta, pero pueden permitir un sistema que no esté judicializado de protección de aquellas personas que no están en condiciones de decidir por sí mismas, pero que, en un momento previo de capacidad, se les permita decidir quién y cómo se deberán encargar de la gestión de su persona y bienes cuando ellos no puedan hacerlo²¹.

La autotutela podría ser previa al procedimiento como delegación voluntaria de Ana si tuviera suficiente capacidad de obrar. Pero también podría acumularse a la demanda el nombramiento de tutor, e incluso incoarse después un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 44 a 51 LJV y concordantes) pues este está previsto para la constitución de tutela (o curatela) cuando ello no se solicite en un procedimiento de modificación de obrar de la capacidad. Si se rehabilitara la autoridad familiar en Doña Elena y lo consideran oportuno podrían iniciar dicho procedimiento en el que se acordaría extinguida de la autoridad familiar de Doña Elena y se nombraría a Doña Inés tutora (decidiría un Juez de Primera Instancia), y la tutela que se estableciera solo podría quedar sin efecto si se diera alguna causa legal.

Otra de posibilidad para el nombramiento es mediante una **delación voluntaria hecha por los titulares de la autoridad familiar**, es decir, la Sra. Dante. Sería una

²¹ PARRA LUCÁN, M^a A., «Derecho de la Persona...», cit. p. 133-135.

delación voluntaria, recogida en el art. 223 CC y art. 110 CDFa. En estos artículos se prevé la posibilidad que los padres en testamento o documento publico establezcan un órgano de fiscalización de la tutela, o designen a las personas que deban integrarlos o bien ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos incapacitados, pese a que sea el Juez quien nombrará al tutor al constituir la tutela (art. 231 CC). Este sistema está configurado para cuando no puedan hacerse cargo los padres o para su fallecimiento, y también vinculará al Juez. Con ello, podría ser aconsejable que la Sra. Dante dispusiera en favor de su hermana Doña. Inés para que ejerciera la guarda y protección de Ana, como funciones tutelares, si esto es aceptado por el Juez. Podrá ser o no en testamento, como ya dijimos, y deberán cumplirse una serie de requisitos de validez que exige el art. 226 CC y 110.1 CDFa, que es no haber privado de la autoridad familiar a la Sra. Dante, requisito que se cumple. Deberá comprobarse por el Juez, en caso de fallecimiento, en el Registro de últimas voluntades, o si no, en el Registro Civil.

Ahora sí, en caso de que no se haya producido estas designaciones voluntarias de forma válida y eficaz, tendría lugar la **delación dativa**, prevista en el art. 115 CDFa, y sería la autoridad judicial quien designará al titular, obviamente valorando la idoneidad de aquel en su momento. Para ello se establece un orden de prelación en el art. 116 CDFa (y 234 CC), pero que se podrá alterar por el mejor interés de Ana. No entraremos en su análisis, porque como se ha expuesto se recomienda hacer una designación voluntaria para el ejercicio del cargo tutelar. Simplemente decir que preferido a la madre (art. 116.1.c) y la tía (116.1.f), sería su cónyuge (art. 116.1.a). Con esto queremos decir que, si Ana hubiera podido contraer matrimonio por tener capacidad de prestar válida y eficazmente su consentimiento matrimonial, y si no hubiera hecho ninguna disposición voluntaria, ni tampoco su madre, podría corresponder ser tutor (o curador) según se estime por el Juez, a David. Pero, esto podría ser excepcionado por el mismo Juez, mediante resolución motivada que altere tal orden de preferencia por exigirse el mejor interés de Ana, y este sería uno de los casos.

Sobre la delación legal no entraremos en este momento, que la trataremos al hablar de las hijas menores de Ana,

En cuanto a las **obligaciones principales que tendría el tutor**, que son paralelas a las de la autoridad familiar, y procedería en caso de que se incapacitara a Ana de forma plena (como pensamos aquí podría suceder por tener Ana un grado mínimo de discernimiento), Doña Inés deberá ser consciente del contenido y efectos que suponen

dicho nombramiento (art.136 a 143 CDFA). Así, el art. 136.2 CDFA establece que las funciones que asumirá el tutor del incapacitado serán los que señale la sentencia, y en su defecto, obedecerán al mismo contenido que tiene la autoridad familiar (art. 65 CDFA) sobre los hijos menores de catorce años, con alguna modificación. En resumen, deberá prestarle alimentos, cuidar a Ana procurándole la atención especializada y promover la recuperación de su capacidad y mejor inserción social, aunque no deba tenerle en su compañía (como así dice el art. 65.1. a) ni tampoco se prevé que no pueda abandonar el domicilio familiar ni el de la persona o institución en a que se haya confiado, ni la prohibición de que sea retirado por el por terceras personas. Sí, deberá administrar y disponer de sus bienes, procurarles educación, proveer su sustento, habitación, vestido, asistencia médica o corregirle de manera proporcionada. Para ello, Doña Inés (o en su caso Doña Elena), podrán solicitar intervención y asistencia de los poderes públicos (art. 65.2 CDFA).

Estará bajo control y vigilancia de la autoridad judicial y deberá rendir cuentas a la autoridad judicial sobre su actuación patrimonial y a la propia Ana (art. 144 y ss CDFA) y hacer un inventario de bienes del tutelado. Además, requerirá autorización de la autoridad judicial para ciertos actos, entre los que se encuentra internar a Ana en un establecimiento de salud mental.

Claro está que debería representar a Ana salvo para aquellos actos que la Ley o la sentencia dispongan expresamente, como ya dijimos. Sobre la cuestión del **matrimonio**, como acto personalísimo, profundizaremos más adelante, pero ya podemos adelantar que no depende de la voluntad del tutor pues está excluida la representación, aunque se le incapacite totalmente y la Ley permite que celebre matrimonio válida y eficazmente si reúne los requisitos de capacidad, sin existir impedimentos o su dispensa, conforme al CC (art. 56 CC en su redacción dada por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV).

Junto a estas figuras, cabe nombrar una posible medida de protección que podría resultar provechosa para Ana, aunque, por las características del caso, y teniendo en cuenta las pretensiones de la Sra. Dante, no es tanto la protección patrimonial de Ana, como su protección personal, la que nos interesa. Así podemos hablar del **patrimonio protegido**, que estableció también la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, y, asimismo, prevista en el CDFA (art. 40). Está diseñada para personas con discapacidad, siendo su fin la creación de una masa patrimonial con el propósito de satisfacer las necesidades

vitales de la persona con discapacidad, y su regulación tiene como objetivo favorecer la constitución de estos fondos patrimoniales adoptando una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos reforzando los beneficios fiscales a favor de las personas con discapacidad ²². Quedan sometidos a un régimen de administración y supervisión especial, así, por ejemplo, la Sra. Dante podría vincular ciertos bienes destinados a la satisfacción de las necesidades vitales de Ana, sin tener que hacer una donación, ni una venta, ni mediante herencia. Los bienes y derechos que lo integraran se aislarían del patrimonio personal de Ana, y estarán sometidos a un régimen específico de administración. Su creación puede realizarla no solo la Sra. Dante, sino que la Ley prevé que podrán realizarlo también la propia persona con discapacidad, sus tutores o curadores (en caso de ser nombrados) y cualquier persona con un interés legítimo.

Pese al sistema de protección judicial de incapacitación que en un principio nos aparece más adecuado, y en la medida de lo posible, eficaz para intentar dar protección a Ana, no debemos obviar ciertas soluciones, que nos ofrece el Derecho, siendo medidas de protección que no están judicializadas y que, dan mayor protagonismo a la voluntad de la persona afectada, sin que sean excluyentes de la incapacitación y así se ha expuesto.

En la Convención la medida de la incapacitación se torna algo excepcional. Si bien es cierto, que, valorando las particularidades del caso concreto, la posibilidad de iniciar un procedimiento de incapacitación nos resulta la más idónea a la persecución del fin, siendo este el que da la mayor protección de los intereses de Ana. No debemos olvidarnos tampoco, que, pese a que la resolución vaya a adoptarse en interés de Ana y no de quien demande su incapacidad, hay otros intereses en juego, como los de sus dos hijas menores que por el momento están a su cargo, aunque quien se encargue de ellas sea la Sra. Dante, abuela de las menores.

Una vez hemos considerado que la medida de iniciar un procedimiento de incapacitación que modifique la capacidad de obrar de Ana resulta la más idónea para ampararla y protegerla, con las medidas complementarias que hemos explicado, pasamos a analizar algunas especialidades del procedimiento.

²²https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/ Segmentos /Ciudadanos/Discapacitados/Patrimonios_protegidos_de_personas_con_discapacidad_.shtml Consultado el día 2 de noviembre de 2019.

d) Naturaleza jurídica de los procesos de incapacitación y especialidades procedimentales para tener en cuenta.

Los procesos sobre capacidad de las personas se sustanciarán por los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC). Son un proceso especial, cuya razón de ser es la protección jurisdiccional de la personalidad y de los asuntos propios del Derecho de Familia. Por ello, la pretensión de la Sra. Dante de que se declare la incapacitación de su hija Ana, deberá hacerse mediante este cauce ya que si no prosperaría la excepción de procedimiento inadecuado del art. 423 LEC. A este procedimiento especial, se aplicarán las disposiciones generales contenidas sobre capacidad de las personas (art. 748.1º en relación con art. 749-755 LEC) y, con carácter supletorio, las normas generales de la LEC. Estas disposiciones generales serán la guía para toda la actuación procesal que debe ser tenida en cuenta por la Sra. Dante y el resto de los interesados.

Trayendo a colación lo expuesto en relación con el **objeto del proceso**, debemos recordar, que este tipo de procesos, tienen un carácter plenamente civil, pero ello no implica, que se pueda disponer libremente del objeto del proceso conforme a las normas generales de los procesos civiles de la LEC, pues su objeto no versa sobre materia de Derecho privado estrictamente²³, sino que, como dice la Exposición de motivos de nuestra LEC, aparte de considerar los procesos especiales de imprescindibles, y adelantar que cuentan con «con inequívocas e indiscutibles particularidades», dispone que en ellos no va a regir el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia debido a su indiscutible interés público que es inherente al objeto procesal. Como ya anunciamos, consiste en una materia que afecta al estado civil de las personas, y por ello, detenta un indudable interés público. El principio dispositivo cede al de oficialidad art. 751.1 LEC y es por ello por lo que se dice que no surtirán efecto ni la renuncia, ni el allanamiento ni la transacción.

La razón de la configuración de este proceso como un proceso especial, en el que hay una inversión de los principios que lo rigen, con sus muchas particularidades, no es otra que su afección a los derechos fundamentales, y esto, en definitiva, es lo que justifica la intervención de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal en su función protectora y garante de tales derechos, ya que el objeto del mismo es la limitación de la capacidad de la persona, es decir, de Ana. Ahora bien, el mero hecho de que rijan los

²³ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, p. 59.

principios de oficialidad e investigación de oficio, desplazando a los anteriores, no quiere decir que estos queden completamente excluidos, porque junto con las materias de interés público, conviven otras que son disponibles para las partes, y así lo dispone el art. 751.3 LEC, y respecto de estas pretensiones sí se podrá renunciar, transigir o allanarse.

Finalmente, se puede decir que en estos procesos la dualidad de partes es puramente formal, y la contradicción entre ellas, no existe como contradicción efectiva por parte del presunto incapaz que comparezca en juicio o por su defensor, que actuando en beneficio del demandado pida que se acojan las pretensiones de la parte actora, sin embargo, entrañaría un allanamiento pues el órgano jurisdiccional no quedaría vinculado a dictar sentencia conforme a la demanda²⁴.

Respecto de la **postulación**, para la declaración de incapacidad de las personas, nuestra Ley procesal civil ha esbozado un proceso contradictorio, buscando la salvaguarda de todas las garantías para el afectado. Esto debemos relacionarlo con el principio general de nuestro ordenamiento jurídico por el que se presume la capacidad de obrar de las personas hasta que se declare su incapacitación mediante sentencia, por la que se declare que para regir su persona y/o administrar sus bienes necesita ayuda (asistencial o sustitutiva) de otra persona en régimen de guarda²⁵.

Lo anterior, debemos ponerlo en relación con la **personación del demandado** (art. 758 LEC) que establece que, Ana puede comparecer por sí representada y asistida con su propia defensa, es decir, con su Abogado y Procurador, pues es obligatorio según el art. 750 LEC. Sin embargo, aquí se abren dos posibilidades, la primera, que sea defendida por el Ministerio Fiscal siempre y cuando este no haya interpuesto la demanda. O bien que se nombre a un defensor judicial o si ya estuviera nombrado, se designe. De esto se encargará el Letrado de la Administración de Justicia, y Doña Elena podría proponerse como defensora judicial de su hija ante la Fiscalía.

Centrándonos en la **figura del demandante**, conviene advertir sobre varios extremos.

En primer lugar, es un proceso que deberá iniciarse siempre a instancia de parte, no pudiendo ser promovido de oficio por el Juez, y quien promueva la acción no lo hará

²⁴ MORENO RUIZ, M.^a, *Cuestiones actuales sobre los procesos de capacidad y filiación de la LEC*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 36-38.

²⁵MORENO RUIZ, M.^a, *Cuestiones actuales... cit.*, pp. 33

por algo a lo que tenga derecho, es decir, la Sra. Dante no tiene un derecho a incapacitar a su hija Ana, sino que lo hará por una obligación legal y al servicio del interés público.

En segundo lugar, como acabamos de anticipar, en este tipo de procesos, los demandantes, no ostentan derechos subjetivos o intereses propios a tutelar y por ello la **legitimación activa** va a estar predeterminada por ley. El interés de la Sra. Dante, legitimada, estará orientado a dar cumplimiento a lo que en la norma se disponga por el motivo de la concurrencia de una serie de hechos que la harían aplicable. Para ello hemos visto que en Ana sí concurren los presupuestos para ser declarada incapaz, pese a la posterior evaluación del Juez (concurrir las causas de incapacitación del art. 38 CDFA y art. 200 CC). Es decir, el interés de la Sra. Dante deberá ir orientado a la aplicación de una norma porque concurren los hechos que integran el supuesto de hecho de la misma.

Ahora bien, no existe exclusividad en la iniciativa ya que, en función del art. 757 LEC, sobre legitimación, se faculta para promover la declaración de incapacidad al presunto incapaz, a su cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o sus hermanos. Este es un sistema alternativo, de forma que cualquiera de estos familiares podría pedir la declaración de incapacidad, sin que haya prioridad, y deberán hacerlo para no incurrir en causa de responsabilidad del art. 229 CC²⁶ y 131.1 CDFA. Por otro lado, prevé la posibilidad que sea el Ministerio Fiscal quien lo haga, si las personas mencionadas anteriormente no lo hicieran, y, por último, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que pudieran determinar la incapacitación, es decir, la enfermedad diagnosticada de Ana.

Por su parte, cabe advertir también que, al amparo del art. 749 LEC, el **Ministerio Fiscal** será siempre parte, aunque no haya sido promotor del proceso, ni deba asumir la defensa de ninguna de las partes, y además va a velar durante su desarrollo por salvaguardar el interés superior de Ana. La posición del mismo dependerá de quién tome la iniciativa procesal. Si es él quién interpone la demanda, será demandante. Si la interpone otra persona y Ana no acude con su representación ejerciendo su derecho de defensa, actuará asumiendo la representación y defensa de Ana, y finalmente si el

²⁶ «Artículo 229 CC. Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados».

Ministerio Fiscal no demanda y Ana comparece con su propia defensa y representación, este actuará como parte *sui generis* ²⁷.

En cuanto a la **prueba**, conviene informar también del otro principio que regirá el proceso, que es el de investigación de oficio. Este no es más que otro efecto procedente del interés público que alberga el objeto del proceso al afectar al estado civil de las personas. Así la protección y satisfacción de este interés público, y la búsqueda de la verdad material, y no puramente formal a la que tiende el proceso, razona la imposición de este principio como rector, suponiendo un aumento en las facultades del Juez, en detrimento del principio dispositivo y de aportación de parte que regirían el procedimiento civil en general. Así, en lo que respecta al conocimiento de la verdad material (art. 752 LEC), el Juez verá amplificadas sus funciones como investigador, aunque también deberá obligatoriamente practicar una determinadas diligencias, podrá acordar las que considere de oficio, recibir el pleito a prueba sin haber sido solicitado por ninguna de las partes, introducir nuevos hechos aunque no hayan sido alegados por las partes, y también adoptar de oficio medidas cautelares cuando sean necesarias para la protección del presunto incapaz (art. 762 LEC) ²⁸.

Conforme a citado principio, las partes, no conservan discrecionalidad para plantear estrategias y comportamientos procesales sobre los hechos, tampoco serán los únicos que puedan proponer prueba ni realizar alegaciones, pues el Ministerio Fiscal actúa como parte e interviene con estas posibilidades, y, la sentencia resolverá en función de los hechos alegados y probados por las partes y el Ministerio Fiscal, o introducidos y probados por el Juez, siendo indiferente el momento del proceso en que lo haga ²⁹ (art. 759.1 en relación con el art. 752 LEC).

e) Inicio del procedimiento: la demanda. Acumulación de acciones.

Llegados a este punto, debemos cuestionarnos cómo debe actuar la Sra. Dante-

Comenzaremos haciendo un breve análisis del procedimiento de incapacitación, una vez es este elegido como el más idóneo.

En primer lugar, acogiéndose a lo dispuesto en el art. 757.1 y 3 LEC, la Sra. Dante, estaría legitimada para pedir la declaración de incapacidad de su hija. Esto, podría

²⁷ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, p. 65-70.

²⁸ CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela ...* cit., pp. 31, 32 y 33.

²⁹ MORENO RUIZ, J.M^a., *Cuestiones actuales...*, cit., p. 39.

hacerlo, bien interponiendo la oportuna demanda ante el juez competente con su propia defensa y representación, por ser ascendiente de Ana, y, por tanto, incluida en la enumeración tasada de parientes (art. 757.1 LEC), o, podría instar del Ministerio Fiscal la promoción del proceso poniendo en su conocimiento las circunstancias fácticas que la determinarían en virtud de la previsión que recoge el art. 757.3 LEC. (y proponiéndose en su caso, como su Defensora Judicial).

Para esta segunda opción deberá dirigir su escrito a la Fiscalía Provincial de Zaragoza poniendo en conocimiento de la misma los hechos determinantes de la incapacitación de su hija, pidiendo que se inste demanda de incapacitación por este órgano para la modificación judicial de la capacidad de su hija. Junto con él, deberá adjuntar la documentación necesaria para que el Ministerio Fiscal compruebe si existen indicios que hagan razonable promover la incapacitación. Así, debería aportar informes médicos, desde 25 de junio de 2011 hasta 1 de marzo de 2018, y, no obstante, sin ser necesario, también podría aportar la declaración por la que se reconoce su discapacidad del IASS de 8 de mayo de 2016, pues no es un requisito para la incapacitación tener una discapacidad. Tras su examen, el Ministerio Fiscal puede decidir no promover el procedimiento, no demandar, por no apreciar aquellos indicios, pues no es una obligación. Ello, no sería óbice, para que cualquier otro legitimado interpusiera demanda por sí. La ventaja de esta alternativa es que resulta más económica para Ana y su familia, puesto que a pesar del derecho a la asistencia jurídica que pudiera corresponderle, se incurriría en costes de asistencia Abogado y representación de Procurador.

La demanda deberá interponerse ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza que por turno corresponda, pues es el lugar donde reside Ana y a ella se refiere la declaración que se solicita (art. 760 LEC). No cabe en estos procesos la sumisión expresa ni tácita, estando expresamente exceptuado por la Ley (art. 52.1. 5ª y 54.1 LEC).

En la demanda se podrán **acumular acciones** (art. 71.1 LEC y 760.1 LEC). En este caso, nos centraremos en la acumulación objetiva de acciones.

Bien, como ya adelantamos al comienzo, otra de las posibilidades para el nombramiento de quien vaya a asistir o representar a la presunta incapaz es solicitarlo en la demanda de incapacitación, de manera que la sentencia que la declare se pronuncie también sobre este extremo, pudiendo acceder a nuestra petición nombrando a la persona en cuestión (Doña Inés). A *sensu contrario*, cabe decir que no constituirá el órgano tutelar

de no haberse pedido en la demanda, ahora bien, en virtud del art. 228 CC y 131.2 CDFA «Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela» y deberá por tanto el juez educir testimonio para iniciar el procedimiento de constitución de tutela (o curatela). Este nombramiento no tiene carácter definitivo y es posible nombrar a otro en su lugar, removiendo al anterior, mediante un acto de jurisdicción voluntaria (art. 44 y ss LJV)³⁰. Dicho esto, conviene anticipar que para que el nombramiento se produzca, prevé la LEC que se practiquen una serie de pruebas (art. 759.2 LEC y 133 CDFA) que establecen que deberá oírse a los parientes más próximos de la presunta incapaz, a Ana, si tuviera suficiente juicio y a quien más considere oportuno. Con ella, se busca apreciar la idoneidad o no de dicha persona para el ejercicio de las funciones tuitivas, siempre primando el interés superior de Ana. Además, conforme al art. 133.2 CDFA el Juez, previamente a la constitución deberá recabar del Registro Civil y del Registro de Actos de Última Voluntad para comprobar si existen disposiciones sobre delación voluntaria de la tutela.

Como ya expusimos, las designaciones voluntarias, vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que considere mediante resolución motivada que el interés de Ana exige otra cosa. Es decir, se da por supuesto que, si la preferencia de la persona afectada por persona concreta para ejercer el cargo tutelar ha sido manifestada previamente en un documento público, ello vinculará al Tribunal (supongamos que haya podido hacerlo en favor de su tía Doña Inés). Aquí cabe el temor de que Ana, en el momento de que se constituya la tutela ya dentro del procedimiento de incapacitación, manifieste que prefiere que en vez de ser su tía Doña Inés o su madre, sea su tutor David. Aquí entraría la actuación del Juez, pues, en un primer momento el contenido de aquel documento público es esencialmente revocable y podría revocarse. Sin embargo, el Juez deberá valorar con la ayuda de peritos, y oyendo las manifestaciones de las partes, si la causa de incapacitación ha afectado al entendimiento de Ana para ver si su voluntad está perjudicada por su enfermedad mental y en tal caso, prevalecería lo dispuesto en documento público³¹. El perito, como «otra de las personas a quien considere oportuno oír el Juez» le asesorará sobre la persona más apropiada para ejercer el cargo.

³⁰ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 124-128

³¹ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 125-127.

Dentro de las actuaciones prácticas que nos ofrece el Derecho para intentar dar respuesta a algunos de los problemas que se plantean estas situaciones especiales de enfermos mentales con alta promiscuidad y poca consciencia de los riesgos asumidos en sus relaciones con terceros, podríamos hablar de la anticoncepción. Estamos en este momento pensando en la posibilidad de los representantes legales de Ana de solicitar al órgano judicial su esterilización, entendida como aquella intervención quirúrgica que tiene como finalidad la infertilidad de una persona. Según la Real Academia de la Lengua Española consiste en «hacer infecundo y estéril lo que antes no lo era». En la mujer lo más frecuente es la ligadura de trompas, y con ello mantendría su capacidad de copulación. Si bien es cierto que, no debería tomarse esta como primera opción pues existen multitud de métodos anticonceptivos alternativos al anterior y de menor implicación ética y legal, como tratamientos hormonales (siendo que ni siquiera sigue los prescritos para tratar su propia enfermedad) o un dispositivo intrauterino³². No obstante, ya se nos advirtió por Doña Elena que había acudido en más de una ocasión al servicio tocología del Hospital Clinser de Zaragoza para que se le explicase sin los diferentes métodos anticonceptivos reversibles que podrían ser óptimos en su caso, pero que hasta la fecha han resultado ineficaces. Pues, Ana tiene dos hijas no deseadas, fruto de relaciones intermitentes, cuyo padre se desconoce. Desde el punto de vista jurídico estaríamos hablando de la esterilización no punible acordada por el órgano judicial.

Esta medida está permitida en España desde 1989 cuando se incorporó al Código Penal un inciso en su art. 428. En ese momento se planteó una cuestión de inconstitucionalidad por entenderse que la parte de la LO donde se autorizaba la esterilización de los incapaces por consentimiento de sus representantes legales, era inconstitucional, entendiéndose que contradecía el derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE³³ en relación con el art. 10.1 CE sobre el libre desarrollo de la personalidad, y el art. 49 CE, sobre la labor de los poderes públicos para garantizar el ejercicio de tales derechos.

Pues bien, esta norma fue declarada constitucional por la importante STC 215/1994, de 14 de julio de 1994 (RTC1994,215). En ella no se duda acerca de la afección al derecho reconocido en el art. 15 CE, por ser una intervención corporal que impide su

³² GALLO VALLEJO, L., «Anticoncepción en la paciente disminuida psíquica. Consideraciones médico-legales», *Elveiser*, Vol. 32, núm.7, 2006, pp. 344-348.

³³ Artículo 15 «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]».

libertad de procreación, derivada del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero que se justifica por el fin pretendido de mejorar las condiciones de vida y bienestar del incapaz, en el sentido que aquellos que padecen una grave deficiencia psíquica no pueden obedecer correctamente a sus obligaciones como padres que ejercer la autoridad familiar (art. 39.2 CE y art. 63 y ss CDFIA). Esto, haría posible el ejercicio de su sexualidad, pero sin riesgo de una posible procreación que conlleve unas consecuencias que no pueda asumir por razón de su enfermedad psíquica, y tampoco, disfrutar de las satisfacciones y derechos que la maternidad supone, así como la imposibilidad de cumplir sus deberes inherentes a la misma³⁴. La obligada proporcionalidad de la medida desaparecería en caso de que por los especialistas en su dictamen concluyeran que existe un grave riesgo para la salud de Ana, al margen obviamente de los riesgos que acarrea cualquier intervención.

Esta posibilidad, está ahora contemplada en el art. 156 CP reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, concretamente en su apartado segundo que establece, como causa de exoneración de la responsabilidad en las lesiones, diciendo que «No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil». Este, se remite a la legislación civil, sin embargo, en la DA 1º de la LO 1/2015 se establece el procedimiento de esterilización a personas que no pueden consentir libremente y permite acumular la acción a la demanda de declaración de incapacidad disponiendo que dicha esterilización, tiene que ser autorizada por un Juez en el procedimiento de modificación de la capacidad, o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve (Doña Elena, en principio, y si se admitiera y nombrara como tutor, Doña Inés) oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el Juez de que la persona afectada carece de capacidad para prestar su consentimiento.

³⁴ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 139-145.

Por cuanto se establece que la autorización deberá ser concedida en un procedimiento de incapacitación o bien, en un procedimiento contradictorio posterior, se está permitiendo la acumulación de la acción en el proceso de modificación de la capacidad, pero será requisito indispensable que Ana sea declarada incapaz y deberá constituir un caso excepcional, en que haya un conflicto grave de bienes jurídicos protegidos. En este caso, la esterilización podría justificarse por el mayor interés de Ana, decayendo su derecho a la integridad física y de maternidad, por los bienes jurídicos de bienestar y derecho a la sexualidad.

Entendemos, hay proporcionalidad en la medida propuesta por no haber una medida menos gravosa que resulte eficaz para ella y, por otro lado, se está tratando de salvaguardar el interés superior de Ana, permitirle el ejercicio de su sexualidad, y, que pueda ejercer una vida plena sin consecuencias o cargas no deseadas. No se está pensando en la protección de los familiares, sino de ella misma. Sumando a esto que, de sus actuaciones con las hijas que ya tiene, derivadas de su enfermedad, es evidente que no es capaz de ejercer la autoridad familiar correctamente, y, por ende, tampoco de los hijos que pudieran nacer en un futuro.

Finalmente, como ya dijimos deberá solicitarse por quien represente Ana (tutor o quien ejerza la autoridad familiar), será oído el Ministerio Fiscal quien actuará como garante de su interés, será necesario el dictamen de dos especialistas que informen sobre la conveniencia de este método para su caso, y, por supuesto, la autorización judicial (Juez civil).

f) Contestación a la demanda. Vista y prueba

Una vez presentada la demanda, debería admitirse a trámite. Si esto se produce, se emplazará a Ana como parte demandada, para que conteste en un plazo de 20 días al amparo del art. 753.1 LEC, en relación con el art. 405 de la misma Ley, teniendo en cuenta las especialidades propias del proceso de incapacitación ya dichas, fundamentalmente en cuanto al objeto del proceso.

Si Ana no contestare a la demanda, no personándose dentro del plazo, no se produciría la declaración en rebeldía con sus efectos características (art. 496 y ss LEC). Por una parte, se excluye la preclusión en el art. 752.1 LEC (recogida en el art. 136 LEC), y, respecto de la personación del demandado, si Ana no compareciera en plazo con su defensa y representación, será defendido por el Ministerio Fiscal si no es demandante, y

si lo fuera, el Juez o Tribunal designaría un defensor judicial, si no se hubiera nombrado ya, pudiendo ser la Sra. Dante, y que deberá aceptar el cargo, volviendo a ser emplazada para la contestación de la demanda en el mismo plazo de 20 días. Este nombramiento es para salvaguardar su derecho a la tutela judicial efectiva (si no se persona en forma con su defensa y representación cuando no sea defendido por el Ministerio Fiscal).

Por otra parte, porque es necesario que el presunto incapaz sea examinado por el Juez y por el perito médico correspondiente a efectos de declarar la incapacitación (art. 752 y 759.1 LEC sobre la prueba preceptiva), y ello, aunque no se evite la declaración en rebeldía, pues el fin es que se evite la indefensión del demandado, pero no podrá dictarse sentencia declarativa de la incapacitación si no ha sido examinada por quien corresponde. Así dice el art. 759.1 segundo inciso «Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal». Por tanto, si no se persona Ana ante la inmediación judicial, no se podrán acreditar los hechos en que se fundamenta la demanda pues no se podrán practicar las pruebas obligatorias (que seguidamente veremos), pese a que se haya contestado o no a la demanda, y conduciría necesariamente a una sentencia desestimatoria, carente de los efectos de cosa juzgada (al igual que si fuera estimatoria, por la posibilidad de que cambien las circunstancias), pudiendo, en el futuro, instar un nuevo proceso de incapacitación³⁵.

En cuanto a la vista y la prueba, la actividad probatoria, está regida por la búsqueda de la verdad material, y consiguiente ausencia de preclusión, la investigación de oficio complementaria a la prueba practicada de las partes, requiriendo la práctica de las pruebas bajo una estricta aplicación del principio de inmediación, debiendo ser comprobado por el Juez, mediante el examen directo de Ana y sus personas allegadas, la realidad y extensión de la incapacitación³⁶.

Así, la Sra. Dante o el Ministerio Fiscal, en el momento de presentar la demanda deberán aportar cualquier prueba de las causas de incapacidad. En este caso, son los informes médicos aportados hasta la fecha y la resolución de minusvalía, siendo lo más importante acreditar dos cosas: que padece una enfermedad o deficiencia psíquica que le afecta a su autogobierno, y que esta situación es o va a ser sostenida en el tiempo. Esto

³⁵ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 154-161.

³⁶ SAP Ávila núm.184/2011 de 16 de septiembre (CENDOJ).

constituiría la prueba documental. Pero junto a ella, establece el art. 759 LEC que además de las pruebas que se practiquen conforme al art. 752 LEC, deberá el Juez (o Tribunal):

Dar audiencia a los parientes más próximos de Ana, si bien, esto no se limita esto a los parientes enumerados en el art. 757.1 LEC, y teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento, y que el Juez puede decretar de oficio las pruebas que estime convenientes, podrá oír a los parientes lejanos y a otras personas, incluso no parientes, como por ejemplo a la cuidadora de Ana. En ella, se preguntará sobre la situación del presunto incapaz y sobre la persona que vaya a ejercer el mecanismo tutelar, no siendo propiamente un interrogatorio ni una prueba testifical.

No debemos olvidar, que, al haber solicitado en la demanda el nombramiento de la persona que debe asistir o representar a Ana (su tía Doña Inés), se establecen unas pruebas también preceptivas, y que se rigen por los mismos principios (art. 133 CDFA), que dice que se dará audiencia a las personas obligadas a promoverla y a las demás que considere oportuno, y el art. 759 LEC.2 LEC, que establece, también, que se oirá al presunto incapaz si este tuviera suficiente juicio. Como ya dijimos, deberá asimismo comprobarse en los Registros correspondientes si hubiera hechas delaciones voluntarias a este respecto. La finalidad de la audiencia no es otra que la de apreciar la idoneidad de la persona que pudiera ejercer el cargo.

Por otro lado, el Juez deberá proceder al examen o inspección del presunto incapaz por sí mismo, constituyendo, como dice el Tribunal Supremo³⁷ un elemento probatorio fundamental y una garantía en previsión de abusos y maquinaciones. Este deberá hacerse conforme a las previsiones del art. 355 LEC, referentes al reconocimiento de personas, consistiendo en un interrogatorio adaptado a las necesidades de su caso, respetando su dignidad e intimidad, pudiendo ser a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal. (hay que aclarar que al hablarse de Tribunal se está pensando en una segunda instancia). Serán unas preguntas sencillas, sobre sus datos personales y cultura básica que mediante el uso del sentido común den respuesta a la capacitación de las personas.

Finalmente, se producirá el dictamen pericial médico conforme al art. 346 LEC, sin el cual no puede decidirse la incapacitación (art 759.1 LEC), y se hará por un Médico Forense adscrito al Instituto de Medicina Legal, en nuestro caso, al Instituto de Medicina Legal de Aragón (IMLA), del cual en ningún caso se puede prescindir por haber aportado

³⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 716/2004 de 7 de julio. (Consultada en Vlex).

esta parte dictámenes médicos anteriores. Este informe, no es vinculante, pero será examinado por el Juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), y de este dictamen habrá que dar traslado a las partes para que puedan alegar lo conveniente.

Solamente podrá declararse la incapacitación cuando de la prueba que se haya practicado se desprenda de manera fehaciente que concurren las causas de incapacitación y que quede acreditado que Ana no puede regir ni su vida ni administrar y disponer sus bienes.

El fondo del asunto, es decir, declarar o no la incapacitación de la persona demandada exige que esa restricción o limitación de la capacidad jurídica se adopte en un pronunciamiento de manera escrupulosa, una vez sea llevado a cabo un análisis pormenorizado de su estado físico y mental, y se reúnan al menos tres requisitos: El padecimiento de una enfermedad o deficiencia psíquica o física, que esta sea persistente, y que impida a la persona gobernarse por sí misma, bien sea total o parcialmente. Por ello, de las pruebas que se practiquen, habrá de concluirse que Ana sufre un padecimiento irreversible y características de cronicidad, presentando una enfermedad psiquiátrica grave con el consiguiente riesgo para su salud y su seguridad. Que tiene restringidas sus funciones mentales superiores, especialmente la inteligencia y voluntad, bases de la capacidad de un individuo. Por otra parte, será necesario que debido a su enfermedad necesite control y supervisión de una tercera persona. A nuestro parecer, su situación es plenamente irreversible, encontrándose pues, totalmente anulada la capacidad de autogobierno para regir sus bienes y su propia persona. En consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que Ana, debe ser incapacitada. La omisión de estas pruebas acarrearía la nulidad de pleno derecho de la sentencia.

g) Posibilidad de adoptar medidas cautelares respecto de Ana y sus dos hijas menores

Durante la pendencia del proceso y hasta que se dicte sentencia, no debemos ignorar la posibilidad de solicitar ciertas medidas de protección, o medidas cautelares, que se crean necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio, y ello, porque los art. 727 y 762 LEC, art.79 CDFA así lo permiten. Particularmente nos interesan las de contenido

personal y, para su solicitud, nos ampararemos en el apartado 11º del art. 727 LEC, dejando a un lado las de contenido patrimonial.

Estas medidas que podrán acordarse por el Juez de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, o también a instancia de parte. Habrá de tener en consideración que el fin que van a perseguir es el de protección de la persona y bienes del demandado y no la de los eventuales derechos de los demandantes³⁸, pues la sentencia que decida sobre la declaración o no de incapacidad tiene un contenido que es limitado a lo dispuesto en el art. 760 LEC, del que ya hemos hablado, y en el que no se incluye ninguna condena a favor de los demandantes que pudiera exigir medidas cautelares que asegurasen su eficacia. Finalmente, se deberán dar los presupuestos necesarios para que sean acordadas previstos en el art. 728 LEC, siendo estos la apariencia de buen derecho, el peligro por mora procesal y la caución .

La competencia para conocer de estas medidas sería del mismo Juzgado que estuviera conociendo el asunto en primera instancia, es decir, el Juzgado de Primera Instancia nº X de los que por turno de reparto corresponda de Zaragoza, y que esté conociendo de la demanda de incapacitación (art. 756 y 723.1 LEC).

Como adelantamos, estas medidas se pueden adoptar por el Juez en cualquier momento del procedimiento, tanto antes, como durante el mismo (art. 762.1 LEC). A su vez, el Ministerio Fiscal las podrá solicitar del Juez también en cualquier momento (art. 762.2 LEC). Y, el resto de las partes legitimadas para incoar el procedimiento de incapacitación podrán hacerlo, pero únicamente una vez iniciado el proceso, pudiendo pedir las en la demanda, pero, nunca antes. Ello, no obstante, en el caso de urgencia, en el que podrán poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, o incluso, del Juez para que este las adopte de oficio. Esta, es la única opción que la ley prevé, pues no podrán pedirse medidas concretas si no se ha incoado el procedimiento.

Respecto del procedimiento para su adopción (art. 762.3 LEC) la regla general, es que se adopten tras la celebración de una vista en que se de audiencia a los afectados, y en la que se puedan practicar las pruebas que sean admitidas. Ahora bien, de no haberse dado audiencia al demandado podrá oponerse a las mismas en virtud de los art. 739 y 740 LEC.

³⁸ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 208-210.

A tenor de lo anterior, propondremos algunas medidas que nos parecen interesantes para el caso.

Como ya dijimos, la guarda de hecho se caracteriza por ser una situación fáctica en la que una o varias personas procuran asistencia a un menor o presunto incapaz no estando obligadas a ello³⁹, en donde rige la provisionalidad, y tiene mayor debilidad institucional en cuanto a su alcance de protección, respecto de la autoridad familiar o tutela. Es provisional y transitoria pues se piensa articular una protección estable en determinado momento. De los art. 303.1 CC y art 156 y ss CDFa en relación con el art. 52.1 LJV, se desprende que este puede ser requerido por la autoridad judicial para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como su actuación con ambos extremos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que estime oportunas (Art. 157 CDFa), y se establece que «Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores». Esta previsión comporta, por un lado, una facultad preventiva de la autoridad judicial a instancia de parte, de examinar, y en su caso, confirmar, si la guarda de hecho sustituye a la tutela, tanto de un menor (cuyos padres estuvieran privados de la autoridad familiar), o bien de un presunto incapaz, pudiendo el Juez de oficio, antes o después del requerimiento pronunciarse sobre si la guarda está justificada y se está ejerciendo con la protección esperada por nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰ y tras ello se otorguen ciertas facultades tutelares a los guardadores de hecho.

Así, al amparo del art. 762.1 LEC, el Juez podrá adoptar esta guarda de hecho como una medida de protección tanto para Ana como para sus hijas previamente a establecer su tutela.

Respecto de Ana, lo podrá acordar, otorgando facultades tutelares a los guardadores (Doña Inés) desde momento en que tenga conocimiento de que existe una posible causa de incapacitación, lo cual está en sintonía con la obligación del Ministerio Fiscal de promoverla si procede. La regla general, es que las medidas cautelares se adopten previa audiencia de las personas afectadas (art. 762.3 LEC), ahora bien, esto

³⁹ PARRA LUCÁN, M^a A., «Instituciones de guarda...», cit., p. 572.

⁴⁰PARRA LUCÁN, M^a A., «Instituciones de guarda...», cit., pp. 565-567.

podría implicar que, si el Juez mejor lo considera, atribuya las funciones tutelares a otra persona o, también al IASS, sin que ello suponga la eliminación del contenido personal de la guarda de hecho que ya existía. Si finalmente, no se instara la incapacitación por el Ministerio Fiscal, esta medida decaería, ahora bien, podría continuar su supervisión, que podría asumir el IASS.

Respecto de las hijas menores, también podría acordarse esta medida cautelar por el Juez. Consistiría pues en otorgar funciones tutelares a Doña Elena o Doña Inés hasta que se constituya la medida de protección adecuada. Al ser ambas menores de edad se podrá optar por un acogimiento temporal (art. 303.2 CC). Concretamente, dice este apartado que se podrá constituir un acogimiento temporal, y serán los guardadores de hecho quienes se convertirían en acogedores. La razón de ser de la aplicación de esta previsión se encuentra en la posibilidad de que esta guarda de hecho ejercida por Doña Elena, vaya seguida de la constitución de tutela por caber la posibilidad de ser Ana privada o suspendida de su autoridad familiar judicialmente, lo cual se tramitaría en un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 44 y ss LJV) y su sentido se explica de la facultad del Juez de nombrar al guardador de hecho *acogedor familiar temporal* en tanto no esté constituida la tutela. A estos acogedores, al igual que cuando hablábamos de incapaces, se les darán también funciones tutelares, pues, aunque en principio y por la LJV está pensando para que la Entidad Pública lo comunique al Juez para quienes sean *acogedores permanentes*, sería para nosotros en este momento una medida cautelar que puede adoptar el Juez, e incluso de oficio abrir el expediente de jurisdicción voluntaria que acabe con la tutela.

Sobre ello, se podrán adoptar medidas de control y vigilancia que se estimen convenientes por la autoridad judicial, lo que no quitaría para que promueva un expediente de jurisdicción voluntaria para que se constituya la tutela o curatela (Art. 52.2 LJV). Es decir, de la facultad de control de la autoridad judicial, se deriva la potestad de adoptar medidas para controlar el ejercicio de dicho cargo, convirtiéndose en una «guarda de derecho» pasando a ser una situación de atención jurídica y cuidado de los menores o bien de presuntos incapaces. Esta figura, provisional y subordinada a que se declare la incapacidad y tutela (Art. 757 LEC y 131 CDFA), constituye un apoyo al sistema de

protección, transformándose la situación que hasta entonces era simplemente de hecho, en una medida de protección provisional⁴¹.

Cabe añadir que, salvo en los casos de desamparo, entendido como la falta de la necesaria asistencia material y moral de las menores y que aquí entendemos no se da como veremos más adelante, en los demás supuestos, se faculta al guardador de hecho para «promover la privación o la suspensión de la patria potestad, la remoción de la tutela o el nombramiento de tutor», con lo cual, Doña Elena, podría así requerirlo a la autoridad judicial, proponiéndose asimismo como la persona más indicada para asumir su cuidado, o bien, Doña Inés, con los mismos motivos. Ahora bien, para que pudiera esto solicitarse por Doña Inés debería ser esta guardadora de hecho de las menores.

Se podría, de este modo, solicitar una audiencia al juzgado para explicar la gravedad de los hechos y que de forma cautelar se entregue la guardia y custodia de las menores hasta que tenga lugar la celebración de la vista, con su posterior sentencia. Se entendería que al no estar la madre capacitada para cuidar a sus hijos se dé cautelarmente la custodia de estos a la Sra. Dante, hasta que se resuelva el procedimiento que determinará el régimen de guarda que debe constituirse tanto para Ana, como para sus hijas menores.

Las funciones que asuman los guardadores de hecho irremediablemente conllevarán ciertos gastos de asistencia, pero cabe la posibilidad de que los guardados (Ana y sus hijas) tuvieran bienes o derecho a percibir prestaciones pecuniarias y otro tipo de rentas o ingresos, por lo que el guardador deberá dar también cuenta de su actuación y administración del patrimonio. En el ejercicio de esta función supervisora, el Juez, podrá decidir si la guarda de hecho es suficiente como medida de protección de los bienes y la persona, o si por el contrario corresponde el nombramiento judicial de un administrador para la esfera patrimonial, que podría ser otro de sus familiares o un tercero, y cuyo régimen jurídico será el establecido en el art. 159 CDFA, en el que la Junta de Parientes tiene un papel principal, pues, decidirán sobre la necesidad de los actos de cuidado de la persona y administración de los bienes del protegido, siendo anulables en caso contrario.

Por otra parte, respecto de la protección personal de Ana, y ya no en relación con quién o cómo se ejerza su cuidado, podría Doña Elena solicitar al juzgado medidas de

⁴¹ PARRA LUCÁN, M^a A., «Instituciones de guarda...», cit., p. 567

protección durante el procedimiento. En particular, en caso de que durante la proceso d esta desapareciera de nuevo o acaecieran nuevos hechos que la sitúen en situación de vulnerabilidad y peligro para su integridad física y moral, e incluso para su vida, y de ello tuviera constancia o sospecha Doña Elena. De esta manera, podría dirigirse al juzgado para que tomara las medidas oportunas, con base todo ello en los art. 727 y 762 LEC y 79 CDFA. Además, debemos tener en cuenta que sobre David pesa una condena penal por lo que, en caso de tener relación con el dicha situación de peligro ello ya serviría de base para requerir una protección especial, que deberá decidirse por el juzgado en función de lo que estimare más oportuno.

También, cabría la posibilidad de nombrar un defensor judicial (art. 153 y ss CDFA) con funciones únicamente de representación y defensa en el ámbito procesal. Si es el Ministerio Fiscal es el que inicia el procedimiento, se nombrará un defensor judicial al presunto incapaz que le represente en el juicio y asuma su defensa para lo que deberá firmarse un acta de juramento o promesa del cargo, pudiendo ser Doña Elena. En el resto de los casos previstos, se nombrará cuando haya un conflicto de intereses ya declarada la incapacitación. Finalmente, advertir que, en caso de que no hubiera tutela, no se nombraría defensor judicial correspondiendo su representación y defensa al Ministerio Fiscal, e incluso pudiendo designar el Juez a un administrador de sus bienes, en caso de deberse proceder el cuidado de los mismos⁴².

En síntesis, puede decirse que constituyen otra forma de protección de carácter urgente, de Ana y sus hijas menores, tanto personal como de su patrimonio para mientras se sustancia el procedimiento de incapacitación.

h) La sentencia de incapacitación ¿Podría limitar la capacidad de Ana para que contraiga matrimonio?

El proceso que proponemos acabará con una **sentencia**. Esta sentencia será constitutiva, y con ella la situación jurídica de inicio cambiará por otra distinta, produciendo con ello el efecto jurídico pretendido. Este efecto es el constitutivo y solamente se alcanza con la sentencia, con independencia de la voluntad de las partes. Por ello corresponderá únicamente al Juez o Tribunal que entienda del proceso, enjuiciar si se dan las circunstancias del art. 38 CDFA en las que la ley sustenta el efecto constitutivo. Dicho de otro modo, sólo dichas causas pueden producir el efecto constitutivo deseado,

⁴²CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, p. 267.

y será exclusivamente a través de ella, cuando esta alcance firmeza, produciendo efectos *ex nunc* y con eficacia *erga omnes* ⁴³.

Por eso, tras la constatación de la existencia en Ana de las causas de incapacitación por el Juez, la sentencia la incapacitaría, implicando su estado civil de incapacitada. De esta manera, su capacidad de obrar quedaría limitada en los términos y alcance que la propia sentencia fije, determinándose los actos que no puede realizar por sí mismo y como complemento, se configuraría el régimen de guarda al que debe quedar sometida, y también la persona a quien corresponda (art. 760 LEC). La sentencia producirá efectos desde su firmeza.

Aquellos actos a los que prive de la capacidad de obrar necesaria para celebrarlos podrán ser en diferentes esferas, tanto personal, como patrimonial, actos de administración o de disposición, pero para ello deberemos esperar al pronunciamiento judicial. Hay que tener también en cuenta, que tras la sentencia (constitutiva e irretroactiva) se podrían impugnar (por el representante, curador o quien contrató) aquellos actos o contratos contrarios a la sentencia que haya celebrado el ya declarado incapaz, previamente a su declaración, siendo estos anulables⁴⁴. Sin embargo, para este supuesto, en principio no será necesario por no haberse producido (que tengamos noticia).

Ahora bien, hay una serie de actos personalísimos que quedan al margen de la sentencia. De ellos, nos vamos a centrar en la capacidad de Ana para contraer matrimonio válidamente. Se dice que es un acto personalísimo pues nadie puede hacerlo sino la propia persona, es decir, nadie puede hacerlo por ella, ni complementar su capacidad para dicho acto.

En principio, nada impide que pueda casarse, siempre y cuando se considere que tiene la capacidad suficiente de entender y querer para prestar el consentimiento para dicho acto, que hace nacer la vinculo, con sus consecuencias. En este sentido, la Ley permite que un incapacitado pueda celebrar matrimonio⁴⁵, pero para que este acto sea válido deberá estimarse que Ana tiene aptitud para prestar el consentimiento, y no hay matrimonio sin consentimiento, bajo sanción de nulidad.

⁴³ VALENCIA MIRÓN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2008, p. 5.

⁴⁴ PARRA LUCÁN, M^a A., «Derecho de la Persona...», cit. p. 143.

⁴⁵ PARRA LUCÁN, M^a A., «Derecho de la Persona...», cit. p. 144.

Para ello la Ley opta por establecer una serie de garantías que permitan cerciorarse de la capacidad de la persona para consentir dicho contrato. Así, lo establece el art. 56 CC modificado por la Ley 15/2015, en el que se dice que el encargado de su celebración realice un examen de la persona para examinar si en la persona concurren los requisitos necesarios de edad, capacidad y consentimiento necesarios para contraer matrimonio, y si considerase necesario, ante la duda, recabará un informe médico que dictamine si efectivamente esa persona tiene aptitud para prestar consentimiento, y esto lo hará «en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo». Es decir, será un médico quien, previo a su decisión, dictaminará si Ana tiene capacidad de prestar válida y eficazmente consentimiento matrimonial en el momento de efectuar el acto. Aquí radica la importancia de la aportación de certificaciones actualizadas del Registro Civil a los expedientes, pues en las partidas de nacimiento deberá anotarse las sentencias sobre modificación de la capacidad⁴⁶ (art. 755 LEC y 1. 5º y 46 LRC) debiendo expresar la extensión y límites de la incapacidad y el régimen de guarda, teniendo efecto probatorio (Art. 2 LRC).

Cabe apuntar, que si finalmente, Ana, pudiera contraer matrimonio, lo cual entendemos improbable, debido a su indubitada falta de capacidad, ello extinguiría la autoridad familiar rehabilitada en su madre (art. 45.b CDFA) o la tutela de su tía, y la situaría en un escenario todavía más hostil que en el que se encuentra actualmente.

B) ¿Podría plantearse un internamiento no voluntario por razón de su trastorno psíquico?

En muchas situaciones, como a la que nos enfrentamos, el procedimiento de incapacitación puede no ser suficiente para la protección del enfermo, pues, si existe una negativa del mismo a asumir el tratamiento médico prescrito por los facultativos para la mejora y control de la enfermedad, es posible que aquel extremo sea incontrolable por quien asuma el régimen de guarda. En este caso, Ana, tiene un trastorno grave de la conducta y por su discapacidad no es consciente de la obligación que tiene de seguir su tratamiento. Ello, conlleva la existencia de una posición de riesgo, no solo para ella

⁴⁶ <https://elderecho.com/proteccion-del-derecho-las-personas-discapacidad-votar-testar-contraer-matrimonio-conforme-la-jurisprudencia-del-ts> Consultado el día 19 de octubre de 2019.

misma, si no para personas de su entorno, incluidas sus hijas menores, pudiendo llevar a cabo conductas que impliquen un peligro para su vida e integridad, física y moral.

En nuestro caso, la enfermedad que padece Ana tiene vocación de permanencia, de cronicidad, no tiene cura, entonces lo único que podemos pretender es que pueda llevar una vida lo más normalizada posible, si es atendida desde el punto de vista socio-sanitario y se sigue el tratamiento idóneo, pues de no ser así, casi con toda posibilidad su calidad de vida puede ser alterada y agravada⁴⁷.

De los hechos e informes que disponemos, se concluye que Ana no puede por sí misma, ni tampoco por medio de sus familiares, tratar su enfermedad, sino que necesita el soporte de un tratamiento médico, que la mayor parte del tiempo ignora, sin haber, por tanto, persistencia en él, por lo que no pueden producirse, de ninguna manera, los efectos con él pretendidos. Esto, inevitablemente deteriora su calidad de vida, empeora su enfermedad, y supone incontrolables cambios de conducta y reacciones imprevisibles, como por ejemplo los episodios de autolesiones o autolíticos.

Ahora bien, debe advertirse, que el internamiento es una medida terapéutica excepcional y temporal, que se realiza por indicación médica en beneficio de un paciente, e implica la pérdida del derecho fundamental a libertad personal, entre otros, (art. 10, 17, 24 CE), y por ello va a requerir control judicial cuando no sean voluntarios o consentidos, de forma que se eviten los abusos. El internamiento no voluntario, es decir, de una persona que no pueda decidirlo por sí misma o se oponga a él, aunque esté sometido a autoridad familiar o tutela requiere siempre autorización judicial. Esta previsión y el resto de las garantías legales para que se produzca un internamiento involuntario se recogen en el art. 763 LEC.

Antes de comenzar, no podemos obviar el contenido del art. 17.1 CE que dispone que «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley», dentro de estos casos se incluye la del «enajenado» que prevé el art. 5. 1.e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 que incluye entre las causas

⁴⁷https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc1NztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA3ypeoDUAAAA=WKE Consultado el día 24 de octubre de 2019.

de privación de libertad la «enajenación» conforme al procedimiento establecido por la Ley. Tampoco, la interpretación restrictiva que de él ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸, exigiéndose unas condiciones mínimas que deben cumplirse para que no suponga una vulneración de las garantías establecidas para preservar su libertad (prueba mediante dictamen pericial médico objetivo de la enajenación mental, que esta revista de un carácter o amplitud que justifique su internamiento, y que el mismo cese si no persiste el trastorno)⁴⁹. Con arreglo a esta doctrina, solo será conforme con la Constitución y el Convenio si se dan tales condiciones

Por otro lado, debemos nombrar los principios generales de política sanitaria en materia de salud mental, establecidos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art. 20, que dice que para atender a los problemas de salud mental se potencian los recursos asistenciales a nivel ambulatorio, y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, para poder reducir la necesidad de hospitalización, la cual se realizará en hospitales generales, y también se desarrollarán servicios de rehabilitación y reinserción social en coordinación con los servicios sociales. Por su parte, el art. 7 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado el 1 de septiembre de 1999 (B.O.E. n.º 251, de 20 de octubre, 1999), sobre protección de las personas con trastornos mentales, establece que «La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso».

Dicho esto, entendemos que Ana, además de oponerse al tratamiento, no tiene capacidad para consentir su internamiento y que, por ello, deberá seguirse, en todo caso, el procedimiento previsto en el art. 763 LEC en el que la medida llevará a cabo por decisión de terceras personas, mediante el dictamen de un facultativo y la autorización judicial que es siempre necesaria (art. 36 CDFA y 763 LEC). Dicha medida supondrá una

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) y reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y de 23 de febrero de 1984 (caso Luberti).

⁴⁹ PARRA LUCÁN, M^a A., «Derecho de la Persona...», cit. p. 159.

privación de libertad para Ana (art. 17 CE), pero su finalidad no es otra que su protección, fundamentalmente en momentos críticos, proporcionándole el tratamiento más adecuado para la curación o estabilización de su enfermedad y también por representar un peligro para sí misma y para quien la rodea. Es, por tanto, una materia que también tiene interés público, por lo que predominará el principio de oficialidad.

El internamiento no voluntario, puede ser una medida cautelar que puede adoptar el órgano judicial en el proceso de incapacitación durante la pendencia del mismo para dar con ello protección del presunto incapaz, así como una medida definitiva que se ordene en la sentencia (art. 760.1 LEC), pero, la LEC permite pretenderse de forma independiente y autónoma del proceso de incapacitación con finalidad terapéutica de acuerdo con las reglas del art. 763 LEC (no tiene por qué ser incapacitado) siendo este último supuesto el que vamos a analizar.

Como ya dijimos, el proceso de incapacitación es independiente al de internamiento, si bien, en muchas ocasiones, el internamiento será un complemento esencial del primero. Así, el objeto del proceso de internamiento no voluntario es el de la petición de una autorización judicial o ratificación posterior del internamiento con fines terapéuticos que se prolonga durante el tiempo necesario, cesando cuando se considere que no es necesario mantenerlo. Sus presupuestos son tres, y deben concurrir simultáneamente en Ana para que se pudiera optar obtener la autorización judicial precisa, tal y como se colige del art. 763.1 y 4 LEC⁵⁰. En este sentido, debe existir un trastorno psíquico en Ana, que le impida decidir por sí la necesidad de internamiento, y, la medida ha de ser necesaria para el tratamiento, debiendo cesar cuando los facultativos que la atiendan estimen que no es necesario continuar con él. El internamiento constituye, pues, una medida «extrema» que solamente debe tener lugar cuando se prevea, razonablemente, que es imposible o, en su caso, la muy difícil el «restablecimiento» de la persona aquejada por el «trastorno psíquico» de permanecer, esta persona, en libertad⁵¹.

Hay dos tipos de internamiento previstos en este artículo. El urgente y el ordinario.

El urgente, se trata de una medida excepcional, por razones de urgencia, limitada en el tiempo y que tiene que resultar necesaria para la protección de la persona. En estos

⁵⁰ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, p. 279.

⁵¹ CALAZA LÓPEZ, SONIA., «El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» en *Revista de Derecho UNED*, nº 2, 2007, p. 197.

casos, las razones de urgencia, como por ejemplo episodios autolíticos, justificarían la excepción de la necesidad de contar con una autorización judicial para proceder al internamiento, pues la adopción de tal medida será decisión del facultativo correspondiente, de forma que se tendría que justificar que era imperioso adoptar tal decisión para salvaguardar los intereses de Ana. Esta configuración no impide que, posteriormente a la determinación del facultativo, se precise autorización judicial, pues es esta siempre perceptiva. La forma de proceder en estos casos viene establecida en el art. 763.1 párrafo 2º LEC, en el que se ordena al responsable del centro en el que se produjera el internamiento que lo comunique al Juez (o Tribunal) en el plazo máximo de veinticuatro horas y este, si lo considera apropiado, lo ratifique, lo que tiene la obligación de hacer en el plazo límite de setenta y dos horas. La competencia en estos casos será del Juez (o Tribunal) del lugar donde radique el centro donde se haya producido el internamiento.

El ordinario, se caracteriza porque es la autoridad judicial quien autoriza el internamiento antes de que el mismo se produzca, por no concurrir razones de urgencia, y será este en el que nos centraremos.

Así, estimando que podemos encontrarnos ante un supuesto en el que se dan los presupuestos necesarios para un internamiento involuntario conforme al art. 763 LEC y, como hemos indicado al principio, nos parece una medida que puede proporcionar seguridad personal y mejoría para la enfermedad de Ana en ciertos momentos, debemos cuestionarnos si puede solicitarse la autorización del mismo por Doña Elena, para posteriormente, tratar otras cuestiones procedimentales.

Respecto de la legitimación activa, nuestra Ley procesal no hace una referencia expresa a las personas que pueden solicitar el internamiento, por lo que se aplica por analogía el art. 757 LEC, que la delimita a unos sujetos concretos, entre ellos los ascendientes de la persona afectada, aunque también al Ministerio Fiscal si tales personas no existen o no lo hubieran solicitado, pudiendo además, poner cualquier persona en su conocimiento los hechos que lo determinarían, de forma que sea este quien formalice la solicitud. Pero, debemos tener en cuenta que, si ya se hubiera producido la incapacitación y se hubiese configurado el régimen de guarda, correspondería ello a quien ejerciere la autoridad familiar rehabilitada, es decir, Doña Elena, o en caso de haberse constituido tutela, sería su tutor quien debería solicitar la autorización.

También por aplicación analógica de las normas generales sobre incapacitación, podemos entender que la legitimación pasiva, correspondería a Ana por ser la persona afectada, quien podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación por medio de Abogado y Procurador (art. 758 LEC), por ser también un procedimiento contradictorio al que puede oponerse. La competencia recae en el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida Ana, a excepción del internamiento urgente.

Por su parte, en el proceso de internamiento el art. 763 LEC exige la práctica de una serie de pruebas y audiencias como sucede en el procedimiento de incapacitación, y que deberán ser previas a conceder la autorización (o ratificarla), y se tramitará por las reglas del juicio verbal, como norma general (art. 753 LEC), por no haberse hecho expresa disposición en contrario.

En primer lugar, el Juez (o Tribunal) debe oír a la persona afectada y examinarla, pues el Juez deberá comprobar que Ana no tiene capacidad de decidir por sí misma su internamiento, pese a que deberá, al igual que sucede en el procedimiento de incapacitación, presumirse su capacidad y no al revés, y ello, aunque haya indicios razonables de que no la tiene, debiendo, por tanto, facilitársele la contradicción y el derecho de defensa, en su caso, mediante la designación de un abogado del Turno de Oficio, pues si no, se estaría vulnerando su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁵². Por otra parte, deberá oírse también al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que estime conveniente o que solicite Ana. Además, deberá oírse el dictamen de un facultativo designado por el Juez y podrán practicarse cualquier otra prueba que se estime relevante para el caso (art. 763.3 LEC).

Sin que la LEC especifique el tipo de resolución con la que se pondrá fin a este proceso, entendemos que, deberá ser una resolución motivada, con las máximas formalidades, revistiendo pues, la forma de sentencia. Ello por entender que se va a tratar de un procedimiento contencioso y no de jurisdicción voluntaria, pues se permite que el presunto incapaz comparezca en el proceso, siendo un proceso contradictorio⁵³.

La propia resolución en la que se acuerde el internamiento deberá expresar la obligación de los facultativos que atiendan a Ana de informar con la periodicidad de seis

⁵² CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, pp. 297-299.

⁵³ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...* cit, p. 299.

meses al Juez o Tribunal sobre la necesidad de que la medida sea mantenida, a no ser que se señalara un plazo menor, pudiendo, además, pedir el resto de los informes que estime oportunos. Cuando reciba dichos informes y practicando las actuaciones que considere imprescindibles, deberá pronunciarse sobre la continuación o no del internamiento. No obstante, también podrán dar el alta a Ana los facultativos, si entienden que no es necesario continuar con él, debiendo comunicarlo de inmediato al Tribunal competente (art. 763.4 LEC).

C) Función de los Servicios Sociales como complemento a las medidas de protección

En el supuesto que acontece, hemos estudiado ya varias vías de protección para Ana. Como son, el procedimiento de incapacitación, con sus efectos, o un internamiento no voluntario. Pero ¿es esto suficiente para proteger a Ana? Si nos fijamos en el practicidad de cada una de ellas, la incapacitación nos serviría en un sentido patrimonial, para proteger sus bienes, evitando la celebración de ciertos contratos o la ejecución de ciertos actos que, debido a su falta de capacidad puedan ser perjudiciales para ella. En el sentido personal, nos servirá para que se rehabilite la autoridad familiar de su madre, o se constituya la tutela de su tía, así como en sus hijas, implicando un deber de cuidado y de protección sobre las mismas, pero no evitará que Ana siga teniendo esas conductas de riesgo. Por su parte, el internamiento no voluntario, podría tener la utilidad de someterla al tratamiento terapéutico prescrito, aun en contra de su voluntad, y estar controlada y vigilada por facultativos, pero ello sería para momentos críticos, por ejemplo, cuando protagonice intentos autolíticos que pongan en grave riesgo su vida. Esto es así, pues Ana, por sus características, no es una persona que deba estar ingresada de forma continuada en un hospital con tratamiento psiquiátrico (y así lo valoraría el Juez). Esta medida, siendo cierto que coartaría su libertad, únicamente tendría cabida en momentos graves de su enfermedad, es decir, sería una medida transitoria y temporal, en ningún caso definitiva.

Así, puede suceder, como en la práctica de hecho sucede, que dichas medidas y los consecuencias que conllevan sean insuficientes y necesiten, o convenga, un apoyo o complemento para la protección de la persona afectada.

En este sentido, recurrir a los servicios sociales, como aquellos que pretenden mejorar el bienestar social de las personas y colectivos más vulnerables, mediante la prestación de información, atención y apoyo, puede resultar una buena opción, como

refuerzo a la protección de Ana. Entonces, es ya el Estado Social de Derecho el que tiene que actuar en sentido transversal con los servicios sociales.

Los servicios sociales, constituyen una de las manifestaciones principales de Estado social, que requiere el desarrollo del sistema de servicios sociales a que se refiere la CE al tratar los principios rectores de la política social y económica. Se entienden como el cuarto pilar del Estado de Bienestar, que debe extenderse a todas las personas (art. 9.2 y 10 CE), lo que obliga a los poderes públicos actuar eficazmente previniendo, tutelando e interviniendo en favor de este principio fomentando su desarrollo, la cohesión social y una mayor calidad de vida⁵⁴.

Estos servicios, compuestos por recursos, prestaciones, planes, programas, proyectos, equipamientos y equipos técnicos de titularidad pública y privada (art. 3 y 10 Ley 5/2009), están configurados como una red pública que garantiza a todos los ciudadanos una atención en primera instancia, orientada a la mejora de las condiciones de vida mediante una atención integrada y polivalente⁵⁵. Nuestra legislación, se orienta a promover el bienestar social del conjunto de la población, y contribuir al pleno desarrollo de las personas, siendo un derecho universal de los ciudadanos el acceso a los mismos, el cual podrá reclamarse en vía administrativa y jurisdiccional, según se establezca en la normativa que regule cada prestación.

La asistencia social es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, y así lo asumió Aragón en su Estatuto de Autonomía (art. 71), y, a su vez, el sistema se configura como una organización fuertemente descentralizada en el ámbito local. Por ello, nos centraremos únicamente en los en el ámbito territorial de Aragón, y dentro de él, en el ámbito provincial de Zaragoza.

El sistema aragonés de servicios sociales, está integrado, por un Sistema Público de Servicios Sociales de titularidad pública y privada, cuando estos posean prestaciones sociales públicas, que serán de responsabilidad pública, tanto a nivel autonómico como local, mediante la colaboración de las Administraciones Públicas que lo integran y el resto de las áreas de política social. También, por iniciativa privada, que también podrán colaborar con el Sistema Público, participando en la acción social por medio de

⁵⁴ <https://www.aragon.es/-/iass.-servicios-y-tramites#anchor1> Consultado el día 6 de noviembre de 2019.

⁵⁵ QUILÉZ CLAVERO, A., «Servicios sociales comunitarios ante un caso de persona mayor semiabandonada con demencia» en Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar, nº5, 2016, p. 32.

actividades y prestaciones de servicios sociales según prevean las leyes, como dice el art. 1 y 3 de la Ley 5/2009, de 30 de junio de Servicios Sociales de Aragón. Son un soporte, o un complemento, cuando el resto de los sistemas de protección no consiguen dar la respuesta idónea. Sin entrar a valorar la suficiencia de recursos y efectividad de los protocolos específicos en Aragón, para casos como el de Ana, valoraremos algunas de las alternativas ofrecidas por nuestra Comunidad Autónoma que podrían ser provechosas para ella, entendiendo que los servicios sociales asumen un papel muy importante en el campo de acción de la salud mental y de la exclusión social. En muchas ocasiones, el trabajo de los servicios sociales, se conjugará con el procedimiento de incapacitación y el tratamiento médico prescrito, por lo que no pertenecerá en exclusiva a ellos, sino que se hará una actuación conjunta.

El primer organismo que debemos tener en cuenta en Aragón es el IASS. Este, ofrece una «Cartera de Servicios» para distintos destinatarios, entre los que se encuentran las personas con discapacidad y personas dependientes.

No debemos olvidar que a Ana se valoró y reconoció un grado de limitación en la actividad del 33% por el IASS otorgándosele, por ello, un grado de discapacidad, cuya finalidad, es, que la persona afectada pueda beneficiarse de las ayudas y prestaciones previstas para las personas con discapacidad. Las más frecuentes son adaptación del puesto de trabajo, atención en centro especializado, exenciones fiscales, prestaciones no contributivas, protección familiar por hijo a cargo, entre otras. En esta Guía⁵⁶ figuran los diferentes recursos y prestaciones que ofrecen las Administraciones Públicas a las personas con discapacidad, y en su presentación ya se anticipa que, la base para lograr la integración social es la autonomía personal, como soporte para ejercer el derecho de todas las personas a desarrollar sus capacidades humanas

Dicha valoración, podría volver a realizarse hoy, para comprobar si el grado de limitación en sus capacidades ha cambiado desde la fecha del primer examen (mayo de 2016), pues, si fuera mayor, por ejemplo, de un 65%, el número de beneficios a los que podría acceder aumentarían, ya que podría tener acceso, entre otras, a pensiones económicas no contributivas. La valoración se haría por un médico, un psicólogo y un trabajador social, teniendo como referencia el Baremo establecido en el RD 1971/1999

⁵⁶ GUÍA DE RECURSOS PARA LA DISCAPACIDAD EN ARAGÓN Edición 2017 (Guía vigente y actualizada).<https://www.aragon.es/documents/20127/674325/DISCAPACIDAD-GuiaBeneficios-2017.pdf/24432296-2539-9a16-4a95-77d0e2c94a03>

de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Todo el trámite de valoración figura en la página web del IASS⁵⁷. Además, podría examinarse de nuevo a Ana para confirmar, o no, que se trata de una persona «dependiente», conforme a otro Baremo, y que le daría acceso a otro tipo de ayudas y servicios.

De esta manera, el IASS, a las personas con discapacidad, les asegura el acceso al Catálogo de Servicios Sociales⁵⁸ que establece la Ley 5/2009, y que es reconocido como derecho universal el acceso a ellos en el Estatuto de Autonomía de Aragón (art. 23.1 y 71.34º), como un derecho de la ciudadanía, siendo por ello por lo que se ha desarrollado el Sistema Público que hoy en día disponemos y que asegura la efectividad de tal derecho.

En este punto, el IASS, tras la valoración, informará a Ana de los recursos y beneficios a su alcance, por ser persona discapacitada, recogidos en la Guía de Recursos para la Discapacidad (De todos ellos, nos centraremos únicamente en los que creemos de mayor provecho en la situación de Ana, sin entrar a explicar los demás). Pero, a la vez, valorarán qué otros servicios sociales, necesita cada persona, por ejemplo, podrían recomendar a Ana que asistiera a un Centro de Día en que tuvieran talleres para mejorar el autoestima, de apoyo a la mujer en situaciones vulnerables, o se le incentivara a estudiar o trabajar (centro ocupacional, empleo protegido...). El IASS tiene función orientadora pues, va a recomendar a la persona que acuda a los centros con los que tiene colaboración (fundaciones, Asociaciones.) y que ofrezcan actividades que más se ajusten a sus necesidades. De esta manera, adjudica plaza en un centro especializado cuando se crea que es el recurso idóneo la estancia diurna asistencial, ocupacional o el alojamiento permanente, ello en caso de que tengan el perfil requerido para su ocupación y, además, obtengan Informe Técnico Favorable del Equipo de Valoración y Orientación del Centro de Atención a la Discapacidad (Centro Base) del IASS donde se haya realizado la valoración del grado de discapacidad⁵⁹. Cabe decir, que en general, es preferente la intervención integrada, esto es, sin apartar de su entorno a quien se le dispense, y también, suelen ser previas a la promoción de un internamiento.

⁵⁷ <https://www.aragon.es/-/discapacidad.-valoracion-y-reconocimiento-del-grado-de-discapacidad>

⁵⁸ Recogido en: Decreto 143/2011, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁵⁹ <https://www.aragon.es/documents/20127/674325/DISCAPACIDAD-GuiaBeneficios-2017.pdf/24432296-2539-9a16-4a95-77d0e2c94a03> pp. 10 y 11. Consultado el día 23 de noviembre.

Podría ir a un centro de día para personas con discapacidad intelectual de los que hay en Zaragoza⁶⁰. En ellos, se facilita apoyo a la familia del afectado y se favorece que este se mantenga en su domicilio, persiguiendo el fin de procurar atención integral, habilitación personal y social, rehabilitación y convivencia a. Entre los servicios que ofrecen son la atención psicológica con actuaciones de orientación, diagnóstico y tratamiento, orientadas a desarrollar al máximo el uso de las capacidades psíquicas, atención médica y preventiva o actividades de ocio, tiempo libre y deportivas etc.

Siendo, sin duda, muy beneficioso y favorable para Ana todo este tipo de talleres o actividades de ayuda y educación emocional en el que se fomenten sus capacidades, para mejorar su autoestima y mejorar su calidad de vida, todo ello vinculado al desarrollo de su vida con autonomía e independencia, creemos especialmente valioso y primordial que se le incentive a trabajar y/o a estudiar ¿Cómo? Mediante empleo y formación protegidos y respaldados por la Comunidad Autónoma de Aragón (Empresas de Inserción, becas, reserva de plazas.).

Dentro de este ámbito, podría asistir a un Centro Ocupacional como tránsito al trabajo en los Centros Especiales de Empleo o al empleo normalizado, dirigidos a personas con dificultades de integración social y laboral de los que hay en Zaragoza⁶¹ con el fin de potenciar sus capacidades, desarrollar su personalidad y se integren en la vida social, con labores de distinto índole. También, trabajar en un Centro Especial de Empleo, o bien, mediante Empresas de Inserción Laboral.

En este punto, PLENA INCLUSIÓN Aragón, (Asociación Aragonesa de Entidades para Personas con Discapacidad Intelectual), incluida en el CERMI, cuenta con programas de inclusión laboral y social para personas con discapacidad intelectual, desde allí, se le podría derivar a centros que con ella colaboran⁶² o empresas que cuenten con empleo protegido, Empresas de Inserción o a talleres o actividades sobre apoyo de mujer discapacitada, víctimas de violencia de género, fomento del autoestima etc.

⁶⁰Folleto Centros de Día en para Personas con Discapacidad Intelectual en Aragón <https://www.aragon.es/documents/20127/6347030/CentrosDiaDiscapacidadPsiquica2019.pdf/e8c8977a-468c-735f-55fa-c3813a25db6c?t=1574254089418>

⁶¹ Folleto de Centros Ocupacionales para personas con discapacidad intelectual moderada y leve de Aragón <https://www.aragon.es/documents/20127/2490093/CentrosOcupacionales2019.pdf/2c697462-7589-c814-0244-b1e66bbc52af?t=1574340143476>

⁶²<http://www.cermiaragon.es/guias-para-la-discapacidad/entidades/86-feaps-aragon-asociacion-aragonesa-de-entidades-para-personas-con-discapacidad-intelectual> Consultado el día 23 de noviembre de 2019.

Por otro lado, respecto del acceso a la formación y educación para aquellas personas que tengan una necesidad específica de apoyo educativo, por ejemplo, en ciclos formativos de grado medio y superior, se prevé una reserva de plazas del 5% para alumnos con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, también el acceso a becas en concepto de material, comedor, transporte, residencia escolar y educación especial, programas de Cualificación Inicial de Formación Profesional para personas sin cualificación profesional o con necesidades educativas especiales para permitir la inserción socioprofesional y el desarrollo personal y social (todo ello previsto en la Guía).

También, se puede optar, por medio del IASS, a servicios de formación para los familiares y personas cuidadoras de los enfermos mentales, por ejemplo, el Servicio de Apoyo a Personas Cuidadoras «CuidArte», que ofrece un sistema de aprendizaje de conocimientos e intercambio de experiencias que ayudan a adquirir habilidades y estrategias para reforzar la labor de las personas cuidadoras en el domicilio, a los que podrían asistir Doña Elena y Doña Inés⁶³.

Finalmente, debemos destacar, que, cada vez hay mayor impulso en planes de acción, dirigidos a las mujeres con discapacidad, debido a la discriminación sufrida en dos ejes. Por un lado, por género y por otro, por discapacidad, por lo que cada vez son más las herramientas orientadas a la defensa y auxilio en el ejercicio de sus derechos.

2. ¿EN QUÉ SITUACIÓN JURÍDICA SE ENCONTRARÍAN LAS HIJAS MENORES DE ANA?

2.1. Deber de crianza y educación por los padres

El menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad, y está sujeto a la autoridad familiar, y subsidiariamente a tutela o curatela, a cuyo contenido nos remitimos (art. 5 CDFa). En este supuesto, ambas menores no alcanzan los catorce años, por lo que su representación legal incumbe los titulares de la autoridad familiar, o al tutor, en su defecto (Art. 12 CDFa).

Desde la determinación de la filiación y hasta la emancipación o mayoría de edad de los hijos, los padres son titulares de la autoridad familiar, es decir, tienen el deber de

⁶³ <https://www.aragon.es/-/servicio-de-apoyo-a-personas-cuidadoras> Consultado el día 6 de noviembre de 2019.

crianza y educación sobre ellos, salvo que se les excluya, se prive o se extinga dicha autoridad (art. 61 y 90 a 93 CDFA), sin que se pierdan los deberes y derechos contenidos en los art. 58 y 59 CDFA. La autoridad familiar, tal y como establece el preámbulo de nuestro CDFA, es el instrumento para cumplir dicho deber y habitualmente lleva consigo la administración de los bienes, como función aneja a la autoridad familiar, pero no como contenido de un poder paterno (art. 9 CDFA). Esto, permite que se pueda atribuir el ejercicio de la autoridad familiar a otras personas sin dar acceso a la gestión de sus bienes.

La autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce personalmente, aunque, pueda ejercerse con colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo y para favorecer el desarrollo de su personalidad. Así se colige de los art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporada a nuestro derecho mediante la vigente LO 1/1996 de 15 de enero de Protección judicial del menor en su art. 2 y de la del art. 5 del CDFA. Fundamentalmente, consiste en la prestación de asistencia de todo orden (art. 39.2 CE). Su contenido básico comprende el deber de tenerlos en su compañía, proveer sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, procurar su formación integral y corrección. Si bien es cierto, para el cumplimiento de estos deberes se puede contar con la ayuda de los poderes públicos, como un apoyo (art. 64 y 65 CDFA). En este caso, la autoridad familiar sobre las menores viene siendo ejercida exclusivamente por Ana, pues no ha quedado determinada la filiación respecto del padre.

Ahora bien, puede suceder, como en este caso, que por parte del progenitor (Ana) se esté produciendo un incumplimiento reiterado y grave de tales deberes inherentes a la autoridad familiar. Ello, es así, pues no se ocupa de las menores ni cumple ninguno de los contenidos que integran este deber. En numerosas ocasiones desaparece durante días, sin preocuparse del estado de las mismas, sin atender sus necesidades morales ni materiales, e incluso varias veces, ha protagonizado episodios en que las ha podido posicionar en un escenario de riesgo, por ejemplo, apareciendo con ellas en el domicilio familiar a altas horas de la madrugada, sin ropa de abrigo suficiente y sin haber sido alimentadas (las menores), desatendiendo las indicaciones de regreso por parte de la Sra. Dante (tras decir que se iba con ellas únicamente al parque de debajo de su casa), o, queriéndolas constantemente llevar consigo y con su pareja, David, que la ha maltratado en más de una ocasión, encerrándola en su domicilio en contra de su voluntad, y relacionándola en entornos en que prima la droga, la violencia, e incluso, la prostitución, entre otras muchas cosas, que figuran en las denuncias y declaraciones en que Ana ha dado testimonio. En

estos supuestos, puede suceder que los Tribunales consideren que lo mejor para el interés del hijo es la privación, total o parcial, de la autoridad familiar (Art 90 CDFa).

Se trata de una medida extremadamente gravosa, que podría denotar cierto carácter sancionador, de ahí que haya de interpretarse restrictivamente dicho artículo, pero que siempre redundará en beneficio del menor, y así el Tribunal Supremo ha interpretado el art. 170 CC al que podemos asimilar el art.90 CDFa, si bien es cierto, en nuestro Derecho ya se prevé que el incumplimiento deba ser «grave», pero además reiterada, constante, manifiesto y acreditado. Esto se ha recogido entre otras en las STS nº514/2019, de 1 de octubre o la nº621/2015 de 9 de noviembre. y deberá hacerse por sentencia fundada en su incumplimiento,

No se establece un sistema de *numerus clausus* en los que deba proceder la privación. En este caso, el incumplimiento grave y reiterado de sus deberes como madre tiene origen en la enfermedad psíquica que padece Ana, la cual le impide gobernar sus actos de manera racional, responsable y madura, sin consciencia de los peligros adquiridos poniendo en riesgo la seguridad de las menores, con constantes desapariciones y fugas a paradero desconocido, sin proporcionar la asistencia que sus hijas requieren y demandan. Ahora bien, será el juez quien deba valorar y analizar esta cautela extrema, sin olvidar que será reversible pues está pre su recuperación, también en beneficio del menor

Otra posibilidad prevista en nuestro Código es dejar en suspenso el ejercicio de la autoridad familiar. Precisamente, uno de los casos para los que se predica, es para mientras dure la incapacitación del titular de la autoridad familiar (art. 91.1.c CDFa), ahora bien, el Juez, podrá en su sentencia, estimar la privación de la autoridad familiar, como creemos aquí sucederá, pues se dan las condiciones y vocación de permanencia que la van a provocar. (Sobre la extinción de la autoridad familiar no podría hablarse por hallarnos fuera del supuesto de hecho del art. 61 CDFa). Además, no hay otro progenitor conocido, por lo que no puede continuar ejerciéndose por él (art. 92.2 en relación con art. 72 CDFa).

Ambas medidas se deberán adoptar por el Juez en beneficio y por la protección de las hijas menores, la sentencia que estableciera una cosa u otra deberá pronunciarse sobre el régimen de guarda y protección al que se sometería a las menores, y nombrar la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones (art. 92.2 CDFa), y ello, aunque no se hubiere solicitado en la demanda. En interés del menor, se habrá de elegir por el Juez, la

autoridad familiar de otras personas, o bien, la tutela (ordinaria o administrativa). Es decir, la privación o suspensión, dan lugar o a la autoridad familiar por otras personas o a la tutela (ordinaria o administrativa).

2.2. Posible declaración de desamparo y tutela ex lege

¿Están las hijas de Ana en situación de desamparo? Es corriente que surja este interrogante cuando nos encontramos ante el caso de una madre que no se responsabiliza del cuidado de sus hijas, siendo estas menores de edad. Para resolverlo, debemos guiarnos por la normativa autonómica reguladora de la materia, pues, con arreglo al reparto constitucional de competencias (art. 148.20º CE) corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón las competencias plenas en la protección de menores en situación de desamparo, así como la ejecución de medidas acordadas por los órganos jurisdiccionales. Así, además del CDFA, nos apoyaremos en la Ley 12/2001 de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón. Esta Ley nos resulta de aplicación a las hijas menores de Ana pues según su art. 2 se va a aplicar aquellos menores de dieciocho años que residan en Aragón, y deberá interpretarse conforme al interés superior del menor y de acuerdo con los principios de la Convención.

Así, tal y como establece su preámbulo, los niños tienen el derecho a una protección que garantice su desarrollo como personas en el seno de una familia, preferentemente con sus padres, pues son estos quienes constituyen el entorno normal de desarrollo del niño, y son el primer nivel de responsabilidad que debe cubrir sus necesidades. Su entorno familiar, representa el nivel de apoyo inmediato, y en caso de necesidad serán quien primero les sustituyan en su función parental (en este caso hablaremos únicamente de Ana como madre, pues sus dos hijas son de padre desconocido). El tercer nivel, lo erigen los sistemas públicos al servicio de las Administraciones Públicas que deben ayudar a que los padres aseguren los derechos de sus hijos. Por su parte, entrarán en acción los servicios especializados de «protección de menores», y lo harán subsidiariamente, cuando con lo anterior sea insuficiente para proteger y asegurar sus derechos. Ello, no obstante, del control y vigilancia por parte del sistema judicial.

De ahí que haya una doble comunicación: de un lado durante el procedimiento, el Fiscal ordenará que se comunique al IASS la situación de los menores, independientemente de las acciones judiciales que se puedan instar por Doña Elena, a fin

de que los servicios sociales del IASS puedan adoptar las medidas oportunas. Estas medidas a su vez se deberán comunicar al Juzgado de Primera Instancia nº X (el que se encargue del procedimiento de incapacitación) e irá dirigido a la Subdirección de Protección de la Infancia y Tutela del IASS, adjuntándose la demanda de incapacitación, escrito de solicitud de medidas cautelares, y el resto de los documentos reveladores de la situación social y familiar de su madre y de las menores (art. 35 49 y 53 Ley 12/2001).

En este momento, cuando la Administración de la Comunidad Autónoma tenga noticia de una posible situación de desamparo en que pudiera encontrarse un menor, se incoará un procedimiento con el fin de verificar y constatar la situación comunicada, y en consecuencia adoptar las medidas necesarias para garantizar en los menores la necesaria asistencia moral o material, siendo competente la Dirección Provincial del IASS, como dice art. 49 Ley 12/2001 sobre la detección de las situaciones de riesgo y desamparo. En caso afirmativo, se declarará la situación de desamparo de los menores.

Así, tal y como establece el art. 45 de la Ley 12/2001 la protección social y jurídica de los menores es el conjunto de actuaciones en el marco del sistema público de servicios sociales dirigida a «prevenir, detectar y corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, mediante la integración del menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y su desarrollo integral como persona» y para ello se podrán adoptar diferentes medidas de protección que van desde el apoyo a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre el menor, a la tutela asumida por la Administración Pública o a la adopción. Pero ¿están las menores en situación de desamparo?

En primer lugar, debemos precisar qué se entiende por situación de desamparo, y que consecuencias tendría esto para las hijas de Ana.

«Desamparo» es aquella situación que se produce de hecho debido al incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección recogidos en las leyes para al guarda de menores, cuando a estos se les prive la asistencia moral y material necesaria (art. 118.1 CDFFA y art. 59 Ley 12/2001). Concretamente, continúa dicho artículo diciendo en su apartado e), que lo será cuando haya una falta de atención adecuada cuando cualquier problema psíquico o social de los responsables de los menores impida la atención adecuada de estos, como sería en este supuesto, al padecer Ana una enfermedad psíquica que le impide gobernar sus actos con responsabilidad, madurez y

conciencia de los riesgos adquiridos, no solo con ella, sino también con sus hijas menores. En estos casos, es posible que se produzca declaración de desamparo (art. 60 Ley 12/2001) se hará conforme al DECRETO 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

Las consecuencias de ello serían la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar o tutela ordinaria (art. 118.1, 119 y 160 CDFA y 61 y ss Ley 21/2001), de manera que la Administración de la Comunidad Autónoma a través del órgano competente (IASS) asumiría por delación legal o, por ministerio de la ley, la tutela de las menores si estas son declaradas en situación de desamparo, que es lo que se pretende evitar. Esta asunción, lógicamente, y como ya adelantaba el art. 118 CDFA supone, la suspensión de la autoridad de la autoridad familiar y por ello no podría ser rehabilitada en Doña Elena, constituyendo esta la mejor situación de las menores. Esto se introdujo por la Se introdujo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, Ley de Protección Jurídica del Menor, inspirando a la normativa aragonesa. Además, esta normativa se refuerza con la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y con la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York 1989).

Como ya expusimos al definir la figura del guardador de hecho, Doña Elena lo es respecto de sus dos nietas menores de edad pues atiende sus necesidades con plena satisfacción (art. 156 CDFA). No obstante, cabe cuestionarse si las mismas se encuentran o no en situación de desamparo por haber incumplido su madre los deberes inherentes a la autoridad familiar, con las consecuencias que ello conlleva (tutela *ex lege* o tutela administrativa automática que se fundamenta en el deber de la Administración de dar atención completa e inmediata a los menores en situación de desamparo).

En este sentido, nos fijaremos en la doctrina fijada por la STS núm. 582/2014, de 27 de octubre (recurso núm. 2762/2013), verdaderamente ilustrativa. Se trata de una menor de edad cuyo cuidado ejerce su abuelo por imposibilidad de sus padres de hacerlo, estando ambos en situación de incapacidad. En el juicio se concluyó que todas las necesidades de la menor estaban cubiertas en el plano material y afectivo y, que su abuelo, poseía las condiciones precisas para asumir la guarda de la menor. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia declaró la situación de desamparo de la menor y la asunción de la tutela por la Comunidad Autónoma. Se interpuso recurso ante la Audiencia Provincial, que fue

estimado, revocando la declaración de desamparo. La Comunidad Autónoma interpuso recurso de casación por interés casacional contra la sentencia y suplicando se fijara doctrina legal sobre la situación de desamparo. Ello pues, nuestra legislación (CC, LOPJM, Ley 21/2001) no resuelve la situación de si cuando un menor recibe asistencia por un guardador de hecho puede ser declarado en desamparo y, por tanto, sometido a tutela automática. Por ello, nos guiaremos con base en el criterio establecido en esta sentencia.

Como primera aproximación debemos decir que no toda situación de guarda de hecho debe dar lugar a la intervención administrativa mediante la declaración del desamparo y tutela automática, de forma que sólo debe aplicarse si no fuese posible otra solución, más acorde con los intereses del menor.

En primer lugar, se refiere a la definición de desamparo a partir de la cual surgen dos tesis doctrinales contrapuestas. La objetiva, para la cual prima la desasistencia del menor, por lo que si alguien lo atiende no se encuentra en situación de desamparo. Y la subjetiva, que sostiene que si el menor no se encuentra asistido por las personas que ostentan la autoridad familiar existe situación de desamparo, pese a que su asistencia la asuma un guardador de hecho. Y adelanta que la respuesta habrá de hacerse buscando una interpretación que se inspire en el principio de interés superior del menor. Entiende que este tiene que predominar sobre cualquier otro interés en juego, y así se respalda por toda la normativa citada, pero este interés no queda definido por lo que habrá de estudiarse y concretarse en cada caso. Es decir, se trata de un concepto jurídico indeterminado. La doctrina lo ha solido configurar con «el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales».

En relación con la guarda de hecho, la Circular 8/2011 de la Fiscalía General del Estado concreta dicho interés superior del menor en: «i) la necesidad de asegurar, en la medida de lo posible, que los menores afectados sean cuidados por personas idóneas que puedan proporcionarles seguridad y perspectivas de futuro, respetando su derecho a la estabilidad familiar; ii) como regla general preservar el vínculo de apego que pueda haberse generado entre el menor y sus guardadores; iii) evitar que a través de vías de

hecho se consoliden fraudulentamente vínculos con menores desamparados sin respetar las exigencias legalmente establecidas para garantizar la idoneidad de guardadores, acogedores y adoptantes; iv) promover la seguridad jurídica, evitando zonas de penumbra y situaciones confusas derivadas de la coexistencia de plurales personas con intereses contrapuestos y con simultánea habilitación legal para velar por el menor y representarlo».

La guarda de hecho se caracteriza por ser un mecanismo de protección de los menores, pero no podemos olvidar su transitoriedad y provisionalidad, hasta que exista una protección estable y definitiva. Esta provisionalidad conlleva el deber de promoverse por las personas e instituciones legitimadas y obligadas los mecanismos jurídicos para conseguir una protección estable para los menores. Por ello la guarda de hecho es una cautela, tanto por la figura del guardador, como por débil es el vínculo obligacional entre estos y los menores a quienes asisten, no le debe obediencia diferencia de lo que ocurre con la autoridad familiar o la tutela. Tampoco podría negarse a la entrega del menor cuando personas con potestad jurídica para ello se lo requiriesen. Todo ello provoca una situación de inseguridad jurídica.

Continúa la sentencia analizando, la definición que se hace de desamparo en el art. 172 CC, y dice que será necesario que se cumplan dos requisitos para que surja el desamparo. Uno es el incumplimiento de los deberes de protección del menor por las personas que están obligadas a ellos, y otro, es la efectiva privación a este de asistencia material o moral.

En este caso, claro es, que se está cumpliendo el primer requisito, pues Ana como única madre conocida de las menores ha incumplido de manera constante y reiterada sus obligaciones como madre, pero no el segundo pues, Doña Elena y Doña Inés, otorgan una efectiva asistencia moral y material a las menores. Desde esta óptica, el TS entiende que es necesario singularizar el supuesto pues la situación de desamparo es casuística. Debería entonces probarse que Doña Elena (o en su caso Doña Inés) cuentan con las condiciones necesarias para la atención de dos niñas de su edad y que ambas se encuentran con las necesidades cubiertas en el plano material y afectivo, y así fija como doctrina, que, cuando un guardador de hecho preste a un menor la asistencia necesaria, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección que fijan las leyes respecto de la guarda de los menores, ni se puede excluir ni se impone declarar la situación de desamparo, porque son las particularidades de cada guarda de hecho al amparo del interés

superior del menor, las que determinarán la situación jurídica en relación con la protección efectiva.

Así, siguiendo una argumentación parecida a la del Alto Tribunal, en este caso, podemos considerar que no están las menores en situación de desamparo, ya que, ambas viven con su abuela materna, ejecutando esta las obligaciones incumplidas por sus progenitores, sin tener las menores ninguna carencia material ni moral, otorgándoles su derecho de crianza y educación. Estas condiciones de la guarda de hecho asumida por Doña Elena habrán de apreciarse por la autoridad, tanto administrativa como judicial, para que niegue el desamparo. Si fuere, al contrario, la tutela sería ejercida la Administración *ex lege*, y sería suspendida la autoridad familiar de Ana (art. 90) no pudiendo ser rehabilitada en la abuela Doña Elena. (pese a que luego, se pudiera iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria para designar tutora a su tía Inés).

Finalmente, en caso de ser declaradas en desamparo, podría formularse oposición por la familia de Ana ante la jurisdicción civil (art. 121 CDFFA). Y, además, siempre se procuraría la reintegración de las menores a quien tenga la autoridad familiar, y, si hubiera otras personas que pudieran asumir la autoridad familiar en beneficio del menor, la entidad pública promoverá que la asuman o que se nombre cargo tutelar conforme a las reglas ordinarias. Y para ello podrá ejercitar la acción de privación de la autoridad familiar o remoción del cargo tutelar, (art. 122 CDFFA).

En un hipotético caso, en caso de ser declaradas las menores en desamparo y dar lugar con ello a la guarda administrativa, esta se produciría mediante el acogimiento familiar, en primer término, y en segundo, residencial. Si fuera familiar, tienen preferencia aquellos parientes o allegados del menor que resulten idóneos. Es decir, en caso de una declaración en desamparo se podría producirse un acogimiento familiar por parte de la familia de las menores en virtud del art. 162.2 CDFFA.

Por tanto, una primera posibilidad es que se diera la tutela legal de las menores por ser declaradas en desamparo, y consiguiente suspensión de la autoridad familiar de Ana., que no privación, a diferencia de lo que ocurriría con la tutela ordinaria. La guarda legal también sería algo provisional pues, o bien desaparecen las circunstancias que lo declaran en desamparo o bien se acaba con la adopción.

2.3 Autoridad familiar de otras personas (o constitución de tutela)

A la contra de lo anterior y para evitarlo, nuestro Derecho prevé y facilita la asunción automática de la autoridad familiar por otras personas determinadas y distintas de los padres, pudiendo ejercerla los abuelos, entre otros, (art. 80 a 89 CDFa) y ello por hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación de los menores. Un deber con idéntico contenido al de los padres (art. 88 CDFa), pero que no se extiende a la gestión de bienes (para lo que habría que nombrar un tutor, si no hubiera administrador, que podrá ser la misma persona, pero sujeto a las garantías y cautelas propias de las instituciones tutelares del artículo 130.1.a). En este caso, el Juez podría decidir la privación o suspensión de la autoridad familiar de Ana y el ejercicio de esta en su abuela o, bien, la tutela de su tía Inés (que recordemos tiene el mismo contenido personal que la autoridad familiar cuando se trata de menores, debiendo tenerlas en su compañía). No debemos olvidar que la edad del menor será decisiva para determinar la extensión y modo de ejercicio de la representación, pero en este caso ambas son menores de catorce años. En este caso, la atribución de la autoridad familiar para Doña Elena evitaría la declaración en desamparo, y debe hacerse previamente a que esto suceda.

A nuestro parecer, esta atribución de la autoridad familiar a su abuela en virtud del art. 86 CDFa, que dice que cuando los progenitores no atiendan a sus hijos menores, podrán criarlos y educarlos sus abuelos, asumiendo la autoridad familiar de los mismos, es la solución más lógica que podría adoptar el Juez y no declarar a las menores en desamparo, consecuencia todo ello de la incapacidad, previsiblemente total, que se declare en Ana. Dicha solución podrá dictarla el Juez, de oficio, en virtud de la potestad otorgada no ya a la hora de dictar sentencia que ponga fin al procedimiento sino de cualquier momento procesal con arreglo a lo dispuesto en el art. 762.2. 2º LEC en relación con el art. 760 LEC y el art. 158 CC como el 79 CDFa. En este momento, declarararía la privación de la autoridad familiar de Ana frente a sus dos hijas menores, y la rehabilitación de la misma a su abuela Doña Elena por considerarse ser la persona más idónea y con más alto grado para llevar a cabo esta representación legal como hasta ahora, desde el momento que con su actuación sus dos nietas la tienen como referente principal, ya que les facilita su atención y seguimiento adecuado, garantizando sus necesidades y siendo que la madre manifiestamente se desentiende de las mismas, y, respecto al padre de las dos se desconoce su identidad. Dicho cargo, se designaría conforme a los art. 86,

100 y ss del CDFA y ejercerá la función en los términos del art. 9 y ss de CDFA y el art. 38 CDFA y del art 234 CC.

La privación de la autoridad familiar tendrá que ser una decisión motivada por el Juez, si entiende que hay razones muy graves que la puedan justificarla. En este asunto, sucede que Ana sufre una enfermedad que implica un inadecuado, e incluso, imposible cumplimiento funciones propias de la Autoridad familiar, y puede causar graves perjuicios en sus propias hijas de no adoptarse alguna de las medidas indicadas.

La autoridad familiar es en el Derecho positivo una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden como proclama el art. 39.2 y 3 de la CE de tal manera que todas las medidas que se acuerden incluida la privación de la misma, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del menor, como ya dijimos.

Podemos concluir diciendo que, si de la valoración del material probatorio, se dedujera que la madre, hoy en paradero desconocido, ha incumplido de manera constante y reiterada sus obligaciones como tal y en las circunstancias actuales, no está en condiciones de proporcionar una educación y una atención a las menores de tan corta edad. Además de ello, se tendrá en cuenta por el Juez que ambas viven en este momento en compañía de uno de sus parientes, justamente la abuela materna, y así previene el art. 86 CDFA la posibilidad de que se instituya la autoridad familiar a favor de los abuelos. Doña Elena, puede solicitar ayuda de los servicios sociales del IASS si lo necesitara en función del art. 63.2 CDFA, lo cual también podría haber hecho Ana ante la posibilidad que prevé el art. 160 CDFA de que los progenitores, que, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, soliciten que la entidad pública asuma su guarda durante un tiempo necesario.

Por otra parte, el Juez también podrá constituir tutela en su tía Inés conforme las reglas previstas para los tutores, por apreciar que es esta la persona mejor indicada para ejercer el cargo. No obstante, de no ser así y quererse en un futuro, podría promoverse también en un expediente de jurisdicción voluntaria conforme a la LJV.

El interés del menor es el eje sobre el que deberá girar el enjuiciamiento y resolución de este tipo de procesos, y en ocasiones dicho interés se protegerá adecuadamente privando o suspendiendo a los padres el ejercicio de la autoridad familiar, aunque también permitiéndoles su recuperación (recordemos que la autoridad familiar no se pierde por la

declaración de desamparo) y en otras tal protección se conseguirá rechazando dicha recuperación en función de la situación en la que se encuentre el hijo y de las capacidades de los padres, todo lo cual habrá de ser enjuiciado por los tribunales a los que corresponde dicha valoración con arreglo a las pruebas propuestas a su disposición u obtenidas de oficio (STSJ Aragón nº1113/2011, Sala civil-Penal de fecha 5 abril de 2011 FJ 4º).

Ello no quiere decir, que si así se dispusiera por el Juez, las hijas ahora y a través de su abuela o de su tía en su representación puedan, en el futuro, y si así se dan los presupuestos para ello, ejercitar la acción de reclamación de alimentos frente a su madre, lo cual está previsto expresamente en el art. 170.2 CC y 92.1 CDFA, como consecuencias de la privación de la autoridad familiar, donde se establece imperativamente que en ningún caso por tales motivos se suprime las obligaciones y deberes de Ana respecto de sus hijas menores, recogidas en los art. 58 y 59 CDFA. Estos son, entre otros, los de prestar alimentos y contribuir equitativamente, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares. Es decir, Ana se puede ver privada de la titularidad, pero, mantiene sus obligaciones.

Igualmente, como permite el art. 303 del CC y su correlativo art. 156 CDFA podría nombrarse cautelarmente, y en el caso de que se recurriera la sentencia en apelación, guardadora legal de las menores a su abuela. Ello es así pues el Juez puede también, en los casos que proceda, otorgar la guarda a las personas que de hecho se están realizando esa función., por lo que no resulte forzosa o necesaria la intervención de la entidad pública, ni mediante la figura del desamparo de manera instrumental, ni mediante la intromisión pública en la vida de los particulares que de forma judicial se pudiera solucionar (art. 172.2 y 158 CC).

Lo mismo que dijimos para Ana, dispone el CDFA que, quienes sean titulares de la autoridad familiar pueden designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y adoptar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los menores o incapacitados que están bajo su autoridad, mediante testamento o escritura pública, todo ello conforme al art. 110 CDFA. Es decir, aquí sería también posible la delación voluntaria para el cuidado de las menores cuando se haga por los titulares de la autoridad familiar respecto de los menores (e incapacitados) que estuvieran a su cargo para cuando llegue el día en que ya no pudiesen encargarse de ellos, por ejemplo, la que podría hacer Doña Elena en favor de su hermana Inés para que asumiera esta el cuidado y asistencia de las menores.

No podemos pasar inadvertido el papel de **Junta de Parientes que** podrá autorizar para disponer bienes las hijas menores de catorce años por sus representantes legales y la prestación de asistencia a los menores que han cumplido dicha edad, en los casos y formas que las leyes prevén. Pero no hay que olvidar que puede también dirimir divergencias sobre la titularidad de la autoridad familiar de personas distintas de los padres y decidir sobre la titularidad y forma de ejercicio de la misma (artículo 89), si prefieren acudir a ella en lugar de al Juez. Y también podría intervenir en la organización y funcionamiento de la tutela (artículos 105, 107, 113, 114, 140, 141 y 142) y en la guarda de hecho (artículo 159).

Llegados a este punto, cabe adelantar, a modo de conclusión, cuál podría ser el contenido del posible pronunciamiento judicial que se dictara en este proceso de incapacitación:

- Que se declare la incapacidad total y permanente de Ana para regir su persona y bienes.
- Consecuencia de ello, como si de una persona menor se tratara, declara la rehabilitación de la autoridad familiar de su madre, Doña Elena, necesitando autorización judicial o de la Junta de Parientes para los supuestos previstos en el CDFA, o bien, constitución de tutela de su tía Doña Inés, asumiendo las mismas funciones.
- Tras la situación creada tras la declaración de incapacidad total de la demandada, de oficio, se podría disponer la privación de la autoridad familiar de la madre, Ana, frente a sus dos hijas menores de edad, y, no obstante, la rehabilitación de la autoridad familiar de ambas menores a su abuela materna, o bien la constitución de tutela de su tía Doña Inés.
- En caso de estimar que las menores se encuentran en situación de desamparo, procederá la tutela *ex lege* de la entidad pública.
- En caso de recurso de apelación y que la sentencia sea firme se nombra guardadora legal de las dos menores a la abuela.

3. REFERENCIA A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y ADAPTACION Y ARMONIZACION DE LA LEGISLACION ESPAÑOLA A SUS DISPOSICIONES. SOLUCION AL CASO COMPATIBLE CON LA CONVENCION. PRINCIPIO DEL RESPETO A LA AUTONOMIA COMO PERJUDICIAL.

La cuestión que nos ocupa, y que versa sobre la capacidad de obrar de las personas con discapacidad e incapacidad, ha tenido un gran impulso con la Convención, siendo este el Primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI aprobado en el seno de las Naciones Unidas, constituyendo un gran hito internacional de influencia positiva en distintos ámbitos, fundamentalmente en el reconocimiento y la protección de derechos de las personas con discapacidad en los ordenamientos internos y en la práctica jurídica.

Al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico (art.10 y 96.1 CE y art.1.5 CC), debe ser aplicada por nuestros Tribunales y, además, las normas españolas deberán ser interpretadas conforme a ella, debiendo adaptarse nuestra legislación a sus previsiones. Concretamente, le cuestión radica en determinar hasta qué punto las reglas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre incapacitación y mecanismos de guarda y protección de las personas incapacitadas son compatibles con la Convención, y en qué deberían modificarse para adaptarse a ella.

Tal y como se acredita de los informes que cada año emite el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante, CERMI), los derechos humanos de las personas con discapacidad, todavía son una realidad precaria y deficitaria en España, ostentando graves carencias y anomalías que nos sitúan muy lejos de unos estándares aceptables ⁶⁴. Con estos informes, se ha confirmado la situación de vulneración sistemática y estructural en esferas de inclusión y bienestar de las personas con discapacidad, así como la falta de incidencia de la Convención en las legislaciones autonómicas o la desatención por parte de España a las recomendaciones del Comité de la ONU ⁶⁵.

En primer lugar, el propósito de la Convención viene reflejado en su art. 1 estableciendo que su objetivo es el de «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en

⁶⁴ <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/06/Guía-CDPD-operadores-juridicos-06032019.pdf> Consultado el día 20 de agosto de 2019 (Guía de Fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores jurídicos).

⁶⁵ Informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Informe España 2017. Derechos Humanos y Discapacidad. Elaborado por la Delegación de Derechos Humanos y para la Convención ONU del CERMI Estatal, p. 67.

condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente». Con la finalidad de hacer real su propósito, en el art. 4.1. a) y B), los Estados se han comprometido a crear normas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la declaración, y a tomar las medidas adecuadas para dejar sin efecto aquellas normas o actos que vulneran tales derechos y libertades fundamentales. Por su parte, los art. 8 y 9 de la Convención instauran la obligación de los Estados de fomentar la adopción de medidas para que las personas con discapacidad puedan vivir de manera independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Si bien es cierto que la Ley 26/2011 de 1 de agosto de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supuso un avance en la armonización de nuestro ordenamiento jurídico a los principios, valores y mandatos del Tratado, todavía quedaron normas por reformar, lo que supuso que algunas leyes habían de ser modificadas todavía, según los estudios del CERMI, además no se reformaron leyes orgánicas, siendo estas las que regulan los derechos fundamentales⁶⁶, por lo que la reforma integral de nuestra regulación es un tema de urgente ejecución.

Al hilo de lo anterior, comentaremos el principal contenido de la Convención en relación con el asunto que nos ocupa, pues va a incidir en el panorama legal en España.

Por una parte, en el art. 3 se proclaman los principios generales de la Convención, de los cuales destacaremos principalmente dos. Estos son el respeto de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, así como el derecho a la inclusión y participación plenas y efectivas en la sociedad.

Y, por otra parte, esencial es el **art. 12 de la Convención**, que proclama el igual reconocimiento persona ante la ley de todas las personas, y, preceptúa lo siguiente: «1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones

⁶⁶ Informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Informe España 2017. Derechos Humanos y Discapacidad. Elaborado por la Delegación de Derechos Humanos y para la Convención ONU del CERMI Estatal, p. 32.

con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

En este artículo, no se reconocen derechos adicionales para las personas con discapacidad, sino que se describen los elementos específicos que los Estados parte deben asumir para poder garantizar a todas ellas el derecho de igualdad ante la ley. En síntesis, y en relación con la cuestión planteada, en este artículo establece que a las personas con discapacidad se deberá reconocer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que a las demás, y, que tienen también derecho a la definición de un sistema de apoyo a su capacidad jurídica en caso de necesitarlo, el cual deberá configurarse de forma que asegure el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que habrán de estar adaptadas a cada una y sujetas a control judicial. Es decir, se está proclamando como fundamental el respeto de la autonomía de las personas con discapacidad, un sistema de apoyo orientado a favorecer el ejercicio de dicha autonomía, y la protección legal frente a posibles abusos.

Este es, sin duda, un precepto fundamental de la Convención que ha tenido gran impacto en nuestro Derecho sustantivo, fundamentalmente en lo relativo a la capacidad

jurídica, la capacidad de obrar, las causas de incapacitación, y en las normas procesales de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, relativas a los procesos de capacidad de las personas. Este artículo supone un cambio esencial en la regulación de la capacidad legal de las personas con discapacidad, especialmente en situaciones en que puede ser necesario algún tipo de intervención de terceros por tener la persona limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias, obligando a una profunda revisión de nuestro sistema para que no colisione con las disposiciones de la Convención, siendo esta contraria a cualquier forma restrictiva o limitación de la capacidad, y, orientada a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad⁶⁷.

Volvemos a traer a colación la **STS (Sala de lo Civil) núm. 282/2009, de 29 de abril**, que en la que analiza y afirma la compatibilidad de nuestro sistema jurídico-privado referente a la discapacidad, con las reglas de la Convención, fijando pautas interpretativas de nuestra legislación, y nos adherimos a la fundamentación que el Tribunal Supremo realiza, para entender que la solución ofrecida en el presente dictamen es perfectamente armonizable a la Convención.

Previamente a establecer la compatibilidad de nuestro sistema con la Convención estableciendo dichas pautas interpretativas, realiza una serie de apuntes que le llevarían a adoptar la conclusión citada.

En primer lugar, establece que la distinción que hace nuestro ordenamiento jurídico entre capacidad jurídica y de obrar es concordante con la Convención y reconducible a su art. 12 entendiendo que, su apartado segundo haría referencia a la capacidad jurídica, mientras que su apartado tercero, cuando habla de «ejercicio de su capacidad jurídica», se estaría refiriendo a la capacidad de obrar.

En segundo lugar, decreta que la incapacitación y los mecanismos de guarda de los incapacitados son sistemas de protección, y no de exclusión, no suponen una discriminación. Entiende, que una medida de protección como la incapacitación solamente tiene como justificación la protección de la persona. Así, considera que la privación de todos o parte de los derechos a la persona que padece de una discapacidad psíquica solamente se hará con motivo de su protección, asumiendo que el problema radica en cómo integrar la protección adecuada con las situaciones en las que se carece

⁶⁷<https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion> Consultado el día 2 de agosto de 2019.

de capacidad para entender y querer, en las que la necesidad de protección consecuencia de la falta de entendimiento y voluntad justificarían la adopción de medidas específicas. En relación con ello, debe decirse que tampoco cabe hablar de discriminación en cuanto a la única causa real de incapacitación que es la falta o deficiencia de juicio de manera permanente, por lo que el mero hecho de estar afectado por una deficiencia o enfermedad física o psíquica no es causa automática de incapacitación. Por otra parte, tampoco resulta discriminatorio la limitación en el ejercicio de ciertos derechos a la persona incapaz, pues ostentan la misma titularidad de derechos que cualquier otra, y, es precisamente por medio de la incapacitación con lo que va a poder ejercitar aquellos derechos de que es titular y que no podría ejercitar por sí solo. Por ello, actúa en beneficio de la persona y no puede entonces predicarse que se trate de un mecanismo que atente contra la dignidad e igualdad de las personas⁶⁸.

En tercer lugar, en relación con la previsión del art. 12.4 de la Convención que fija la regla de proporcionalidad de las medidas de apoyo, entiende que se cumple en nuestra legislación civil conforme a los art. 215 CC y 760.1 LEC, pues el primero señala que la guarda podrá referirse solo a la persona del incapacitado, solo a sus bienes o a ambos conjuntamente, y a su vez, el segundo, precisa que la sentencia delimitará la extensión y límites de la incapacitación. Esto, no es otra cosa que la gradación de la modificación de la capacidad de obrar y que está contemplada en el CC y en la LEC desde el año 1983, que nos sitúan en un sistema flexible, en el que la extensión y límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya deberá ser el más adecuado para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus circunstancias particulares⁶⁹.

Se refiere también a la institución de la tutela, asegurando que, pese a ser la forma más intensa de protección que puede resultar necesaria, y, por tanto, un mecanismo razonable cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en asuntos de su incumbencia, ni por sí ni con ayuda de terceros, por ser su capacidad natural de conocer y querer casi inexistente.

⁶⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico ...* cit. pp.27-31.

⁶⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico ...* cit. pp. 28-30.

En estos dos aspectos entiende que nuestro modelo se adapta a las exigencias de la Convención.

Finalmente, alude a los problemas de aplicación práctica de nuestro sistema legal, pues se ha observado como se ha hecho un uso abusivo de la incapacidad total y la tutela como mecanismo legal, alejándose, por tanto, del propósito de flexibilidad de las fórmulas establecidas en la ley para el tratamiento de la incapacidad. Sin embargo, reconoce que cada vez es mayor la preocupación de Juzgados y Tribunales por especificar en cada caso las limitaciones a la capacidad de obrar que se van a fijar.

En este punto, debemos también mencionar otras sentencias posteriores del Alto Tribunal, todas ellas de su Sala Primera, que avalan y desarrollan esta doctrina. Así, la STS nº298/2017, de 16 de mayo en la que razona que el sistema de apoyos al que sugiere la Convención está integrado en nuestra norma por la guarda legal, especialmente con las figuras de la tutela y la curatela. Doctrina esta, que ha sido ratificada por otras posteriores como son la STS nº597/2017, de 8 de noviembre. Por otro lado, en las STS nº341/2014 de 1 de julio, la STS nº244/2015 de 13 de mayo, la STS nº557/2015, de 20 de octubre y, o la nº552/2017, de 10 de octubre, han confirmado que la modificación de la capacidad como medida de protección ha de ser flexible, mediante la gradación de la incapacidad y concibe el juicio de capacidad como una evolución concreta y particularizada de cada persona.

Con estos avances y renovaciones que incorpora la Convención, podríamos entender, que en líneas muy generales nuestra legislación en materia de personas discapacitadas está actualizada y en cierta armonía con los países que nos rodean, lo que no quiere decir que no sea mejorable⁷⁰.

El sistema que proclama la Convención se basa en el reemplazo del modelo de sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo a la toma de decisiones por el propio discapacitado, no pudiéndose modificar la capacidad de obrar de ninguna persona, sino solamente ofrecerle dichos apoyos.

En primer lugar, ello se manifiesta en la desaparición de la tutela, y cualquier mecanismo de representación como por ejemplo la autoridad familiar rehabilitada, con la

⁷⁰ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos...*cit., p. 26.

que se admitía la toma de decisiones en nombre de la persona afectada, y cuando así vaya a ser, necesita ser aceptado por el discapacitado voluntaria o exclusivamente para acciones concretas de sustitución. Se prefiere la curatela como medida de apoyo, siendo este la finalidad pretendida, no la medida en sí y será esta la institución de referencia cuando una persona requiera apoyos continuados por su discapacidad. Esta constituiría una medida subsidiaria, judicial, si no hubiera habido manifestación de la voluntad necesitada de apoyo a la que se da absoluta preferencia mediante las medidas preventivas⁷¹.

En segundo lugar se pone énfasis en la importancia que tiene y debe desempeñar la voluntad de la personas con discapacidad, en detrimento del principio que viene rigiendo en nuestro sistema de protección del incapaz por el del respeto a la autonomía de su voluntad, lo que en muchos casos, y a nuestra opinión tendrá un efecto contrario, ya que en algunas circunstancias, como esta, la voluntad de Ana y el respeto de su autonomía conllevaría efectos todavía más perjudiciales, ya que, demostrado queda, que su voluntad es la de ir con parejas que constantemente la maltratan y vejan.

En tercer lugar, estos mecanismos de apoyo que se proponen no deberían afectar a la capacidad del discapacitado, ni tampoco imponérseles en contra de su voluntad, pero ello podría derivar también perjuicios de su actuación, pese a que se prevén medidas que permitan anular tales decisiones si después se arrepintiera⁷².

Los sistemas de apoyo, en las personas cuya capacidad natural de conocer y querer, sus facultades cognitivas y volitivas, lo que implica que su capacidad natural de autogobierno no exista o esté limitada, y ello justifica la limitación de la capacidad de obrar de forma gradual conforme a sus reales limitaciones. Por ello, nuestro ordenamiento reacciona mediante la limitación de la capacidad y simultanea ejecución de un régimen de guarda compuesto por mecanismos de sustitución y de complemento de la capacidad. Pero además se deben permitir a las personas tomar parte en la vida social y jurídica así, siguiendo las líneas de la Convención el apoyo necesario sería el que permite que las decisiones sean tomadas, y la configuración e intensidad del mecanismo de apoyo deberá ser suficiente para compensar la falta de o limitación de capacidad de obrar, es decir, completar lo que falta de capacidad natural. Así, en este caso, la solución prevista

⁷¹ MUNAR BERNAT, PEDRO A., «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152

⁷² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico ...* cit. pp. 89-92.

siguiendo la esencia de la Convención, sería establecer una curatela de apoyo en favor de su madre Doña Elena o su tía Doña Inés, con contenido asistencial, pero no la rehabilitación de la autoridad familiar o tutela. Ahora bien, podría igualmente ser un mecanismo representativo, estando este permitido e incluso exigido por la Convención para aquellos casos en que la afección de las capacidades sea tal que no pueda formarse la voluntad del sujeto, pues ello sería la única forma en que podrían tomarse decisiones y participar en la vida jurídica pues no podrían actuar por sí mismos, y nadie actuaría por ellos, y ello en nuestro sistema se refleja con la tutela y la rehabilitación de la autoridad familiar. Si bien, la graduación de dicha capacidad exige que el sistema de apoyos sea modulable y pueda variar en el tiempo⁷³. La finalidad de nuestro sistema es la protección de la persona con discapacidad y debe actuarse siempre de acuerdo con su mayor interés, estando esto garantizado por la intervención judicial.

El resto del articulado, de los art. 17 a 31 de la Convención recogen distintas medidas orientadas a la protección de las personas con discapacidad, en su relación con su integridad personal, su libertad de desplazamientos, su derecho a vivir de forma independiente, a ser incluido en la comunidad, a la movilidad personal, a la libertad de expresión y de opinión, al acceso de la información, respeto a la privacidad, a formar una familia, a la educación, a la salud, a la habilitación y a la rehabilitación, al trabajo y al empleo, a un nivel de vida adecuado y a la protección social, a la participación en la vida política y pública, en la vida cultural de su comunidad y de la sociedad en que vive, al esparcimiento, al deporte, a actividades recreativas etc.

Debemos mencionar que, previamente a la ratificación de España de la Convención, se habían adoptado ya algunas medidas legislativas. Esto fue a través, no sólo de la reforma del Código Civil operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sino como otras leyes tales como la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁷³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico ...* cit. pp. 93-99.

Por otro lado, tras la adhesión, en España se aprobó la Ley 1/2009, de 25 de marzo de reforma de la ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria ya citada, en la que la Disposición final primera, sobre la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar dispone que «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

La reforma legal se inició la Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, modificó más de una decena de leyes y se desarrolló a través del RD 1276/2011 de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se reformó a su vez el Código Penal mediante la LO 1/2015 y la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria que dedica tres capítulos del título II a la discapacidad, quedando pendiente por adaptar el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Por último, el 26 de septiembre 2018, se publicó un **Anteproyecto de Ley** por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁷⁴, que, conforme a las modificaciones incluidas en él, la solución a este caso no podría haber sido la misma y ello por los cambios que explicamos a continuación. De hecho, si este se aprobara este, habría que revisar el régimen de tutela que pudiera establecerse conforme a su Disposición Transitoria segunda.

Hoy en día, debemos aplicar el sistema vigente previsto en el CC y la LEC, que será nuestra guía básica de actuación, armonizándolo con el contenido de la Convención. Pese

⁷⁴ <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291> Consultado el día 1 de noviembre de 2019.

a ello, no debemos dejar de lado completamente el Anteproyecto de 2018, que vendría a adaptar de forma completa las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico interno en materia de discapacidad con los preceptos de la Convención, incorporando un nuevo régimen de actuación en la materia con importantes cambios y avances.

Nuestro sistema de incapacitación y tutela presupone que, quien padece una discapacidad que le afecta al autogobierno, en la medida de esta limitación debe ser incapacitado para que se constituya la guarda legal que precisa⁷⁵. Con la reforma, se atenúa la tutela judicial preventiva de las personas con discapacidad, puesto que la guarda de hecho sustituye a la guarda legal, siendo este el prototipo de dicha tutela, y se instaura la tutela judicial reactiva, que será eventual y en caso de conflicto.

Desaparece la necesidad de declarar previamente la incapacitación en los casos en que se exija una guarda legal estable a través de una curatela, la cual podrá ser representativa. Esto no quiere decir que el juez no vaya a realizar el juicio de capacidad que justifique la necesidad de esa curatela y su contenido.

Se suprime la alusión a la tutela quedando su contenido incluido en el de la curatela, de manera que se anexionan estas dos instituciones tutelares. Esto no es propiamente una exclusión de la figura de la tutela actual, ya que la curatela podrá ser representativa y, por ende, cumplir la misma función de sustitución de la representación. Si bien es cierto lo anterior, la orientación es hacia una ayuda o complemento a la capacidad y cuidado de las personas, que, a la sustitución, cuyo uso está previsto asegurar el cuidado y proteger los intereses patrimoniales en los casos extremos en que la discapacidad impida a la persona totalmente de la posibilidad de conocer y decidir de forma prolongada en el tiempo, y esto haga aconsejable recurrir a esta figura⁷⁶.

Se incrementa el control judicial en beneficio de la persona afectada, imponiéndose la revisión judicial de las curatelas, cuya finalidad será la de valorar, con la periodicidad que estime el juez en la sentencia, y, en todo caso, cada tres años, la necesidad de mantener, suprimir o modificar el mecanismo de protección que se haya establecido. También, se dota de un mayor contenido al sistema de la guarda de hecho, con control judicial y posibilidad de recabar autorizaciones para actos de representación, y se excluye

⁷⁵ GARAGALLO SANCHO, I., «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio», en, *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Pereña (dir.), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 24 y 25.

⁷⁶ GARAGALLO SANCHO, I., «Sentido de la intervención judicial...», cit., pp. 23-25.

como preceptiva la guarda legal de hecho en situaciones de carencia crónica de capacidad de la persona para su autogobierno⁷⁷. Dentro de este tipo de supuestos, será la realidad personal concreta la que definirá, en virtud del principio de oportunidad, qué medida es más aconsejable entre ambas. Asimismo, se da un mayor protagonismo a la figura del defensor judicial, como guarda legal o temporal, sometida a control judicial y con el propósito de asegurar el apoyo a la persona necesitada del mismo, previendo incluso, la representación eventual⁷⁸.

Por último, se da primacía a los mandatos o poderes preventivos sobre las medidas legales y judiciales, como medidas que, sin obviar el control judicial, expresan la voluntad anticipada del interesado en aras a una posible pérdida de su capacidad de decidir. Estas deberán adoptarse siempre y solamente cuando no se hayan previsto o resulten insuficientes, el juez tendrá la facultad de adoptar otras que las reemplacen o complementen⁷⁹.

Dicho todo lo anterior, debemos preguntarnos hasta qué punto el respeto a la voluntad proclamada por la Convención, en detrimento del sistema de sustitución en la toma de decisiones, es beneficiosa para Ana.

En este sentido, sin negar que las personas con discapacidad son personas como todas las demás, con los mismos derechos y obligaciones. Que debe facilitárseles el ejercicio de los mismos, que hay que promover y respetar su libertad de elección y que debemos corregir la tendencia a la sobreprotección y a los posibles abusos sobre su persona. Consideramos que en alguien como Ana, que no conserva plenamente su capacidad de decidir conforme a su propio beneficio, y que constantemente toma decisiones que le perjudican y posicionan ante situaciones hostiles y de grave riesgo, no supone ninguna discriminación negativa ni perjudicial la solución por la que hemos optado.

Esta, basada en el principio de protección de la persona afectada y fundamentada en el procedimiento de incapacitación y la sustitución de la voluntad, no vulnera su derecho a la libertad ni su derecho a la capacidad jurídica, sino que simplemente, proporciona la protección necesaria a su persona y bienes. La solución a la luz de la Convención habría sido el establecimiento de un sistema de apoyos para que su capacidad de decisión fuera

⁷⁷ GARAGALLO SANCHO, I., «Sentido de la intervención judicial...», cit., p. 25.

⁷⁸ GARAGALLO SANCHO, I., «Sentido de la intervención judicial...», cit., p. 25.

⁷⁹ GARAGALLO SANCHO, I., «Sentido de la intervención judicial...», cit., p. 25.

complementada por la de otra persona, por ejemplo, una curatela de apoyo en su tía o madre, permitiendo con ello que pueda decidir por sí misma y obedecer a su propia voluntad. El derecho a decidir, no le hace ningún bien, y el poder público tiene que intervenir, la incapacitación va a protegerla a ella personalmente, a sus bienes y también a sus hijas. Por ello, intentar defender no hacer nada en el caso de Ana no le protege, ni tampoco a sus dos hijas, ni sus bienes, sino que las sitúa en un contexto todavía más peligroso, vulnerable y dañino.

4. CONCLUSIONES

Debido a todo lo expuesto, considero como conclusiones del presente dictamen jurídico las siguientes:

PRIMERA. - Los derechos de Ana sólo podrán limitarse en aquellos casos en los que ejercerlos pudiera conllevar un nivel de riesgo objetivo superior al razonable y del que no es consciente. Ello, tendrá importantes consecuencias para su vida, y al tratarse de una cuestión tan grave, debe ser tratada con la máxima cautela y garantías. Así, en mi opinión, el actual procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, continúa siendo la única forma de ofrecer estas garantías, ya que, será el Juez quien decida si, efectivamente, las circunstancias de la persona determinan que no tiene capacidad suficiente para adoptar las decisiones que le afectan, y si dicha incapacidad se extiende a todas las esferas y actos de su vida o si, por el contrario, sólo afecta a un determinado tipo de actos, en cuyo caso la persona conservaría su capacidad y su libertad para realizar, autónomamente, los actos para los que no se ha establecido limitación.

El contenido negativo de la modificación de la capacidad de obrar es la limitación legal de la capacidad, con la que se intenta impedir que la actuación de quien carece de capacidad natural pueda perjudicarlo. Dicha limitación se justifica en evitar decisiones lesivas, o que terceras personas, con las que pueda relacionarse, abusen o se aprovechen de su limitación en las facultades intelectuales o volitivas. Por otra parte, el contenido positivo lo conforman la adopción de distintos mecanismos jurídicos para proteger a la persona y sus bienes, debiendo actuar siempre en su beneficio e interés.

SEGUNDA. - Tras dicha declaración, el Juez podría disponer la suspensión o privación de la autoridad familiar de Ana sobre sus dos hijas menores, con motivo de su incumplimiento reiterado y grave de los deberes inherentes a la autoridad familiar, pudiendo esta ser ejercida por Doña Elena, o bien, constituir una tutela a favor de Doña Inés.

Las menores, en ningún caso se encuentran en situación de desamparo, pues ambas viven con su abuela materna siendo esta quien asume su autoridad familiar, y quien ejerce las obligaciones incumplidas por sus progenitores, sin tener las aquellas ninguna carencia material ni moral, otorgándoles su derecho de crianza y educación. Ahora bien, debería entonces probarse que Doña Elena (o en su caso Doña Inés) cuentan con las condiciones necesarias para la atención de dos niñas de su edad, y que ambas se encuentran con las

necesidades cubiertas en el plano material y afectivo. La declaración del desamparo y consiguiente tutela automática, sólo debe aplicarse si no fuese posible otra solución, más acorde con los intereses del menor.

TERCERA. - La esterilización, podrá ser solicitada por quien represente legalmente a Ana, debiendo ser esta concedida, o no, en el mismo procedimiento de incapacitación o bien, en un procedimiento contradictorio posterior, siempre cumpliéndose el procedimiento establecido y obedeciendo al mejor interés de la persona afectada. Ahora bien, debe ser concebida como algo excepcional, para un caso en que haya grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, y ser proporcional, por no existir una medida menos gravosa que solucione el conflicto.

CUARTA. - Respecto de la posibilidad de que Ana celebre matrimonio con David, nada lo impide, siempre y cuando, se considere que tiene la capacidad suficiente de entender y querer para prestar el consentimiento que hace nacer el vínculo, con sus consecuencias. Ello es así, pues la Ley permite que una persona con capacidad modificada judicialmente pueda celebrar matrimonio, pero para que este acto sea válido deberá estimarse que Ana tiene aptitud para consentir dicho acto. De lo anterior, debe cerciorarse el encargado de su celebración, pero ante la duda, recabará un informe médico que, dictaminará si Ana tiene capacidad de prestar válida y eficazmente consentimiento matrimonial en el momento de efectuar el acto.

QUINTA. – El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico para una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma, ya sea urgente u ordinario, constituye una medida de carácter excepcional y temporal, que se podrá adoptar, en el caso de Ana, en momentos críticos, de riesgo, y con fines terapéuticos. La regla esencial es la exigencia irrenunciable del control judicial, pues será el Juez, quien, en última instancia, decida si procede ese internamiento o no, y la continuidad del mismo, pese a estar Ana ya sometida a autoridad familiar o tutela. En este caso, entendemos, que puede tratarse de un mecanismo, que, con fines terapéuticos, sirva para el tratamiento y mejoría de su enfermedad, ya que, por un lado, aun estando sometida a un tratamiento médico ambulatorio, no es consciente de su obligación de cumplirlo. Y, por otro lado, podría considerarse en momentos de mayor peligro, una solución efectiva, como, por ejemplo, cuando presente conductas autolíticas.

SEXTA.- Recurrir a los Servicios Sociales, como aquellos que pretenden mejorar el bienestar social de las personas y colectivos más vulnerables (entre ellos los discapacitados), es una parte importantísima en la búsqueda de una solución al problema de Ana y para su inclusión social y laboral, pues estos alcanzarán ámbitos a los que no llegan las medidas civiles, fomentando el desarrollo de sus capacidades y desarrollando su personalidad e integración en la sociedad, por ejemplo, mediante la incentivación al empleo, la formación o participación en talleres de ayuda y educación emocional que mejoren su estima personal. Es, por tanto, Estado Social de Derecho capaz de llegar mucho más lejos, actuando en sentido transversal, para impulsar la mejora la calidad de vida de las personas y el crecimiento personal.

SÉPTIMA. - Casos como éste manifiestan los límites del Derecho.

Por una parte, por ser insuficientes todas las medidas civiles para dispensar protección bastante a Ana (sin que sea posible otorgarla por la vía penal), y, el procedimiento de incapacitación, pese a ser el más adecuado, y ofrecer cierta seguridad personal mediante los mecanismos de guarda, en la práctica, afectará fundamentalmente al ámbito patrimonial, pues entre otras cosas, no podría coartarse la libertad deambulatoria de Ana para impedir actos perniciosos para ella, ni tan siquiera serviría para forzarla a seguir el tratamiento médico, solamente para obviar la protección de datos de la paciente y que el médico pueda informar a su madre o tutora de su seguimiento.

Y por otra, demuestra que el criterio de la Convención no siempre es el más adecuado para salvaguardar los intereses de la persona. Su sistema de eliminación de la incapacitación judicial de las personas con discapacidad intelectual, e instauración del principio de prioridad del respeto de la voluntad y preferencias de las personas, en detrimento del principio de protección, siendo estas quienes tomen sus propias decisiones, complementadas con apoyos, puede ser perjudicial para el afectado, como aquí acontece, cuando sus determinaciones acarreen un estado de peligro, propio y ajeno.

Esta es la opinión que emito como dictamen y que someto a cualquier otra mejor fundamentada en Derecho.

Firmado en Zaragoza, a 23 de noviembre de 2019.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y JURISPRUDENCIALES

BIBLIOGRAFIA

- CALAZA LÓPEZ, SONIA., «El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» en Revista de Derecho UNED, nº 2, 2007.
- CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos sobre la Capacidad de las personas*, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*, 2º Edición, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Derecho Civil en España*, Civitas, tomo II, 1984.
- GALLO VALLEJO, L., «Anticoncepción en la paciente disminuida psíquica. Consideraciones médico-legales», *Elveiser*, Vol. 32, núm.7, 2006.
- GARAGALLO SANCHO, I., «Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio», en, *La voluntad de la persona protegida: Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Pereña (dir.), Dykinson, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Derecho Privado. Derecho de la Persona», en *Curso de Derecho Civil (1)*, Contreras (coor.), t. I, Colex, Madrid, 2011.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014,
- MORENO RUIZ, M.^a., *Cuestiones actuales sobre los procesos de capacidad y filiación de la LEC*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.
- MUNAR BERNAT, PEDRO A., «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018,
- PARRA LUCÁN, M.^a A., «Derecho de la Persona», en *Curso de Derecho Civil (I)*, Contreras (coor.), t. I, Edisofer, Madrid, 2016.
- PARRA LUCÁN, M.^a A., «Instituciones de guarda (I). La tutela», en *Tratado de Derecho de Familia*, Yzquierdo (dir.), Volumen VI, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- QUILEZ CLAVERO, A., «Servicios sociales comunitarios ante un caso de persona mayor semiabandonada con demencia» en *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, nº5, 2016.

- VALENCIA MIRÓN, A.J., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2008. Informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Informe España 2017. Derechos Humanos y Discapacidad. Elaborado por la Delegación de Derechos Humanos y para la Convención ONU del CERMI Estatal.
- Informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Informe España 2017. Derechos Humanos y Discapacidad. Elaborado por la Delegación de Derechos Humanos y para la Convención ONU del CERMI Estatal

JURISPRUDENCIA: accedidas desde las bases de datos jurídicas de Aranzadi, Vlex, Tirant LoBlanch, y desde el portal CENDOJ.

- STC núm. 215/1994, de 14 de julio de 1994 (RTC1994,215)
- STC núm. 174/2002, de 9 de octubre (RTC 2002, 174)
- STS (sala Primera) núm. 738/1999 de 16 de septiembre (RJ 1999,6938).
- STS (sala Primera) núm. 439/2004 de 25 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1641).
- STS (sala Primera) núm. 282/2009, de 29 de abril.
- STS (sala Primera) núm. 582/2014, de 27 de octubre.
- STS (sala Primera) núm. 341/2014 de 1 de julio.
- STS (sala Primera) núm. 557/2015, de 20 de octubre.
- STS (sala Primera) núm. 621/2015 de 9 de noviembre.
- STS (sala Primera) núm. 244/2015 de 13 de mayo.
- STS (sala Primera) núm. 298/2017, de 16 de mayo.
- STS (sala Primera) núm. 552/2017, de 10 de octubre.
- STS (sala Primera) núm. 597/2017, de 8 de noviembre.
- STS (sala Primera) núm. 514/2019, de 1 de octubre.
- STSJ Aragón nº1113/2011, Sala civil-Penal de fecha 5 abril de 2011.
- SAP Ávila núm.184/2011 de 16 de septiembre.
- SAP Barcelona, Sección 18º, de 8 de febrero de 2002.
- SAP Zaragoza, sección 2º, núm. 301/2009 de fecha 21 de mayo.
- SAP Barcelona núm. 712/2013, de 22 de noviembre.

WEBGRAFÍA

- <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>.
- <https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/ Segmentos /Ciudadanos/Discapitados/Patrimonios protegidos de personas con discapacidad .shtml>
- https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjc1NztlLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA3ypeoDUAAAA=WKE
- <https://www.aragon.es/-/iass.-servicios-y-tramites#anchor1>
- GUÍA DE RECURSOS PARA LA DISCAPACIDAD EN ARAGÓN Edición 2017:<https://www.aragon.es/documents/20127/674325/DISCAPACIDAD-GuiaBeneficios-2017.pdf/24432296-2539-9a16-4a95-77d0e2c94a03>
- <https://www.aragon.es/-/discapacidad.-valoracion-y-reconocimiento-del-grado-de-discapacidad>
- <https://www.aragon.es/documents/20127/674325/DISCAPACIDAD-GuiaBeneficios-2017.pdf/24432296-2539-9a16-4a95-77d0e2c94a03>
- Folleto Centros de Día en para Personas con Discapacidad Intelectual en Aragón <https://www.aragon.es/documents/20127/6347030/CentrosDiaDiscapacidadPsiquica2019.pdf/e8c8977a-468c-735f-55fa-c3813a25db6c?t=1574254089418>
- Folleto de Centros Ocupacionales para personas con discapacidad intelectual moderada y leve de Aragón <https://www.aragon.es/documents/20127/2490093/CentrosOcupacionales2019.pdf/2c697462-7589-c814-0244-b1e66bbc52af?t=1574340143476>
- <http://www.cermiaragon.es/guias-para-la-discapacidad/entidades/86-feaps-aragon-asociacion-aragonesa-de-entidades-para-personas-con-discapacidad-intelectual>
- <https://www.aragon.es/-/servicio-de-apoyo-a-personas-cuidadoras>
- <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/06/Guía-CDPD-operadores-jurídicos-06032019.pdf> (Guía de Fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores jurídicos)
- <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>
- <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291>

