

RÉGIMEN DE LOS PROCESOS SOBRE ESTADO CIVIL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (CON ESPECIAL ATENCIÓN A LOS PROCESOS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS)¹

Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Estudio sobre la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 de las disposiciones generales aplicables a los procesos sobre estado civil (capacidad, filiación y matrimoniales), con especial atención en los procesos relativos a la declaración de incapacidad, reintegración y modificación de la capacidad e internamiento no voluntario del presunto incapaz.

ABSTRACT

Study on the regulation in the Spanish Law of Civil Procedure of 2000 about the general dispositions applicable to the processes on civil state, focussing in the processes relative to the declaration of incapacity, reintegration of the capacity and nonvoluntary entrance of the incapable one in appropriated health institutions.

SUMARIO: I. UBICACIÓN DE LOS PROCESOS CIVILES NO DISPOSITIVOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—II. DISPOSICIONES COMUNES A LOS PROCESOS CIVILES NO DISPOSITIVOS.—1. Disposiciones comunes basadas en el principio de oficialidad.—*a*) Intervención del Ministerio Fiscal.—*b*) Indisponibilidad del objeto del proceso.—*c*) Investigación de oficio.—2. Otras normas comunes a los procesos sobre estado civil: procedimiento a seguir, régimen de publicidad y secreto de las actuaciones, eficacia de la sentencia, representación procesal y asistencia letrada, y régimen de recursos extraordinarios.—III. PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.—1. Tribunal competente.—2. Especialidades procedimentales: características básicas del procedimiento, pretensiones accesorias, legitimación, personación del presunto incapaz, prueba y sentencia.—3. Medidas cautelares: carácter de las medidas, procedimiento, momento de la solicitud, duración y modificación de las medidas.—4. Referencia especial al internamiento no voluntario del presunto

¹ Trabajo incorporado a los *Estudios en homenaje del Profesor Cipriano Gómez Lara*, actualmente en prensa.

incapaz.—5. *Proceso para la reintegración de la capacidad* o para la modificación del alcance de la incapacitación.

I. UBICACIÓN DE LOS PROCESOS CIVILES NO DISPOSITIVOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme con su vocación de norma procesal civil única, ha determinado algunos cambios importantes desde el punto de vista sistemático en lo que a la regulación de los procesos declarativos especiales se refiere y, de entre ellos, a la de los relativos al estado civil de las personas. Su regulación se contiene ahora en el primero de los tres títulos del libro IV (arts. 748 a 781 LEC), que se dedica a los procesos sobre capacidad de las personas, filiación y crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio), así como los procesos sobre impugnación de disposiciones administrativas en materia de menores y sobre necesidad del asentimiento en la adopción: estos dos últimos procedimientos, no originalmente previstos en el plan legal, fueron añadidos durante el trámite parlamentario, posiblemente por su afinidad material, aunque alguno de ellos carezca de carácter civil: en el caso, por ejemplo, de la impugnación de las disposiciones administrativas en materia de menores nos encontramos, con claridad, ante una pretensión de naturaleza impugnatoria contencioso-administrativa (resuelta en la LEC de 1881 en expediente de jurisdicción voluntaria: *vid.* art. 1.827), habida cuenta de que el objeto del proceso es la revocación de un acto de la Administración pública. Pese a ello, el legislador prefiere no dividir la continencia de la causa en litigios relativos a cuestiones de familia, y opta por otorgar el conocimiento de este tipo de asunto a la jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa².

El título I del libro IV es paradigma de la voluntad de la LEC de incorporar en una única Ley todas las disposiciones de carácter procesal que hoy en día permanecen dispersas en normas de muy diversa naturaleza,

² Se añaden en el trámite parlamentario por enmienda presentada por el Grupo Socialista (núm. 666.3) ante la Ponencia del Congreso. Es un caso análogo al que ocurre con el proceso de impugnación de la calificación registral, cuya naturaleza se aproxima igualmente a lo contencioso-administrativo, aunque la jurisdicción se otorgue a los Jueces civiles. La reforma de la LEC de 1881, operada en virtud de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, dio una nueva redacción a los arts. 1.825 a 1.829 de la vieja LEC, que permitía la aplicación de las reglas de la jurisdicción voluntaria a este tipo de pretensión: estos preceptos, con la salvedad del art. 1.827, permanecerán en vigor hasta la promulgación de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, anunciada en la disposición derogatoria primera de la LEC. La Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, remite en todo caso, también, a la jurisdicción voluntaria. *Vid.*, sobre la cuestión, SANCHO GARGALLO y ORTUÑO, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. III, Madrid, 2001, p. 3387.

pero preferentemente civiles sustantivas. La LEC ha querido sumar en un único Cuerpo legal las normas procesales relativas al estado civil de las personas junto con las demás normas procesales civiles, ante el estado de cosas legislativo que se califica de *deplorable* (EM, XIX, § II): la norma a seguir «hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas». Para ello, se propone la derogación de los arts. 127 a 130 (relativos a las acciones de filiación), 134.II y 135 (*non bis in idem* y valoración de la prueba en proceso de filiación), 202 a 214 (relativos a los procesos de incapacitación) y 294 a 296 y 298 (relativos a la declaración de prodigalidad) del Código Civil; y también las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de los procesos matrimoniales civiles. Esta pretensión del legislador es loable, en nuestra opinión, en la medida en que residencia las normas procesales en un mismo cuerpo legal también de naturaleza procesal, con la circunstancia, en el caso concreto de los procesos matrimoniales, de pasar a estar regulados en artículos y no en disposiciones adicionales: bien está que se otorgue al proceso un carácter instrumental con respecto a la tutela judicial y a los derechos que en él se tutelan, pero eso no ha de significar, entendemos, la consideración tácita de las normas que lo regulan de meros apéndices legislativos del Derecho sustantivo, salpicando aquí y allá el ordenamiento sin orden ni concierto. No obstante, no falta, principalmente entre la doctrina civilista, quien se lamenta de la extracción de este grupo de normas del Código Civil; sin embargo, insistimos en nuestra opinión favorable a la solución finalmente adoptada por el legislador, más racional y sistemática que la hasta ahora vigente y, además, dignificadora de la norma procesal, tratada con sustantividad propia y no como mero apéndice del Derecho material. Son disposiciones que siempre debieron ir en la Ley procesal, por lo que la opción del legislador es un indudable acierto sistemático³.

Desde un punto de vista sistemático, el título I del libro IV se divide en cuatro capítulos: disposiciones generales (arts. 748 a 755); procesos sobre la capacidad de las personas (arts. 756 al 763); procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (arts. 764 a 768); procesos matrimoniales (arts. 769 a 778), y procesos sobre menores y adopción (arts. 779 a 781). No se incluyen en este capítulo los procesos relativos a las uniones de hecho, atribución del uso de la vivienda a un conviviente, alimentos de hijos mayores o entre convivientes, menores y alimentos entre parientes⁴.

³ CORDÓN MORENO (con MUERZA, ARMENTA y TAPIA), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Pamplona, 2001, p. 749.

⁴ PÉREZ MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. IV, Valladolid, pp. 3911 y ss.

A continuación pasaremos revista a sus disposiciones comunes y nos detendremos en las especialidades procedimentales que afectan a los procesos sobre capacidad de las personas, de entre los cuales podemos distinguir: los procesos para declarar la incapacidad o la prodigalidad, los procesos de reintegración de la capacidad y el proceso para obtener la autorización o ratificación judicial del internamiento en establecimiento adecuado del afectado por un trastorno psíquico.

II. DISPOSICIONES COMUNES A LOS PROCESOS CIVILES NO DISPOSITIVOS

2. La opción por una regulación conjunta y diferenciada de los procesos civiles no dispositivos ha tenido como consecuencia la regulación de una serie de disposiciones generales aplicables a este tipo de tutelas, aparte de las propias particularidades de cada una de las tutelas a que se refieren. Estas disposiciones se contienen en el capítulo I del título I (arts. 748 a 755 LEC). La ordenación legal de las normas es, desde luego, más sistemática y permite reconocer a éstas una función general y supletoria dentro de las disposiciones referidas a los procesos en materia de estado civil y matrimoniales, en defecto de norma especial en cada uno de los capítulos que completan el título I del libro IV⁵.

Dentro de esas disposiciones comunes existen normas procesales que son consecuencia de la naturaleza no disponible de los derechos que en los mismos se ventilan y del interés público que en los mismos suele estar presente, pero también otras referentes al tipo de procedimiento, a los recursos o a diferentes aspectos formales de los actos del proceso, que contienen especialidades con respecto al régimen general de la LEC. A continuación pasamos revista a estas disposiciones comunes.

1. Disposiciones comunes basadas en el principio de oficialidad

3. Los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio se inspiran, salvo excepción (y como excepción), en el principio jurídico-técnico de oficialidad, esto es, en el criterio que condiciona la articulación formal del proceso civil en virtud de la concurrencia en él de un interés jurídico público (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1985 y 3 de diciembre de 1988). No se quiere decir que en estos procesos desaparezca

⁵ En este mismo sentido BANACLOCHE PALAO (con DE LA OLIVA, DIEZ-PICAZO y VEGAS), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1263.

absolutamente la incidencia del principio dispositivo, sino que la presencia del interés público atenúa sus perfiles en muchas de sus actuaciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1988)⁶. El principio de oficialidad afecta a la regulación de algunos aspectos comunes de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimoniales y de familia, en los términos en que se establece en el capítulo I del título I de la LEC. Entre esas disposiciones comunes basadas en el principio de oficialidad destacamos los siguientes:

a) *Intervención del Ministerio Fiscal*

4. En los procesos de estado civil es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, aunque no haya sido el promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes (art. 749 LEC). Sólo se exceptúan de dicha intervención aquellos procesos de declaración de prodigalidad, de determinación e impugnación de la filiación, y de separación y divorcio en los que ninguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté ausente (art. 749.II LEC). La presencia del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos es un dato indicativo de la presencia en ellos de un interés público, pues no en vano la función primordial del Ministerio Fiscal en nuestro Derecho, y de acuerdo con los términos establecidos en el art. 124 de la Constitución de 1978 y en su Estatuto orgánico⁷, es la actuación en todo tipo de procesos, en defensa de la legalidad y del interés público y social. No obstante, el papel del Ministerio Fiscal en los procesos sobre estado civil no es fácil de definir: en ocasiones actúa en la posición de demandante, promoviendo con su actuación la existencia del proceso mismo; en otras, sin embargo (cuando el proceso es promovido a instancias de otro de los sujetos a los que la ley atribuye legitimación activa), la posición procesal que ocupa es la de demandado; existen casos —como, por ejemplo, los previstos en el art. 750 LEC— en que el Ministerio Fiscal ocupa el papel de asesor jurídico y representante de las partes:

⁶ SANCHO GARGALLO y ORTUÑO, *op. cit.*, vol. III, p. 3387. También BERZOSA FRANCO, «Los principios inspiradores del futuro proceso civil», en PICO JUNOY (coord.), *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, p. 33.

⁷ Aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, cuyo art. 1 dice: «El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social». Art. 3: «Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el art. 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

de acuerdo con este precepto, la función del Ministerio Fiscal es defender a «determinadas partes» (normalmente, en el caso de incapacitados o ausentes): es difícil en este caso otorgar un *status* procesal diferenciado al Ministerio Fiscal, en estos casos, del que corresponde a la auténtica parte del proceso, que es el representado (y no el representante)⁸; hay ocasiones también en que el papel del Ministerio Fiscal se reduce a una mera función de órgano informador, pero no adscrito a ninguna de las posiciones jurídicas del proceso⁹ (estoy pensando, por ejemplo, en lo preceptuado en el art. 751.2 LEC, del que nos ocupamos con algo más de detalle en el siguiente apartado, según el cual, el Ministerio Fiscal debe emitir, en determinados casos, su conformidad para dar eficacia procesal al desistimiento del proceso por las partes).

Es indiscutible que la función del Ministerio Fiscal en los procesos sobre estado civil es difícilmente separable de su condición de órgano público e imparcial: la naturaleza de los derechos que están en juego en estos procesos hace inviable la traslación de las categorías tradicionales sobre titularidad de las acciones o legitimación activa al Ministerio Fiscal, habida cuenta de que ni es titular de las tutelas solicitadas en la demanda —por mucho que se le reconozca legitimación para interponer la demanda—, ni está personalmente interesado en la suerte del proceso, más allá de en lo concerniente al cumplimiento de sus funciones públicas, ni se va a ver, en consecuencia, afectado personalmente por la sentencia. La posición procesal del Ministerio Fiscal es, en definitiva, cercana a la que le corresponde en el proceso penal, lo que es lo mismo que decir que el Ministerio Fiscal es formalmente parte, aunque no lo sea con carácter material. Esa posición trascendente de los intereses cruzados que como norma aparecen en los procesos de estado civil le garantiza la adecuada imparcialidad a la hora de realizar su tarea de tutela de la legalidad jurídico-pública. E, igualmente, es expresiva de la complejidad de reducir la estructura formal de este tipo de procesos a los estrictos términos del proceso contradictorio o *adversarial* —cuestión sobre la que luego volveremos— toda vez que en muchos casos es difícil identificar intereses contrapuestos dentro del proceso (del modo en que ocurriría, por ejemplo, en una reclamación de cantidad), sobre todo cuando de la declaración de incapacitación o de la reintegración de la capacidad se trata, en que todos los legitimados por la ley para actuar como parte pueden compartir el interés común de proteger los intereses jurídicos y económicos del presunto incapaz.

Precisamente por la naturaleza pública y no disponible de los derechos cuya protección corresponde al Ministerio Fiscal, su presencia es siempre

⁸ En contra, BANACLOCHE PALAO (*op. cit.*, p. 1265), para quien la reducción de las capacidades del afectado hace difícil que se le pueda considerar parte como tal.

⁹ PÉREZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 3920.

indiciaria de que nos encontramos ante un proceso regido por el principio de oficialidad. No puede ser de otro modo en los procesos sobre estado civil, si bien debe reconocerse que, siendo su presencia tan matizada a los supuestos previstos en la ley, parece claro que el legislador procesal civil establece diferentes calidades de interés dentro de este tipo de procesos. Y, así, siempre que sea preceptiva la actuación del Ministerio Fiscal puede decirse que nos encontramos con los procesos en que el interés público se manifiesta con mayor intensidad; y, del mismo modo, en los casos en que la presencia del Ministerio Fiscal no es preceptiva, todo apunta a que nos encontramos ante procesos que, versando sobre cuestiones de estado civil, el interés público es menor o está difuminado.

b) *Indisponibilidad del objeto del proceso*

5. La naturaleza jurídico-pública de los derechos e intereses en juego afecta al poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso. En virtud de dicha naturaleza, como regla, en este tipo de procesos se impide que las partes puedan disponer, con carácter vinculante para el Juez, del objeto procesal (art. 751 LEC). No cabe, pues, en principio, renuncia, allanamiento ni transacción, ni siquiera en el caso de proceso consensual de separación o divorcio (art. 777 LEC); y en lo que se refiere al desistimiento, éste requiere, por regla general, de la conformidad del Ministerio Fiscal, con las excepciones que establece el art. 751.II LEC. Este novedoso precepto carece de precedentes en nuestro ordenamiento¹⁰.

Acabamos de emplear las expresiones «en principio» y «por regla general», indicativas de que, en efecto, la ley no excluye la posibilidad de soluciones disponibles en todo caso, sino que, al contrario, establece excepciones. A este respecto, el propio art. 751 LEC, en su párrafo 3, concibe la posibilidad del allanamiento, de la renuncia, de la transacción o del desistimiento, en su caso, cuando la declaración de voluntad unilateral o bilateral de las partes afecte a las pretensiones de carácter accesorio a la principal no dispositiva, siempre y cuando, por su naturaleza, las partes puedan renunciar libremente a ellas sin vulnerar el orden público jurídico (es el caso, por ejemplo, de algunas pretensiones de carácter patrimonial que se sustentan también en el seno de ciertos procesos de los regulados en este título).

Nada dice el precepto, con respecto a las pretensiones dispositivas de las partes dentro de los procesos a los que nos referimos, sobre si sería

¹⁰ Lo que no dice la Ley es si puede desistir el propio Ministerio Fiscal, con la conformidad de las demás partes. A juicio de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, sí (*Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, 2000, p. 414).

admisible dar eficacia en ellos a la *satisfacción extraprocésal del objeto* (que, con carácter general y como novedad, se regula en el art. 22 LEC), aunque, a nuestro entender, participando como participa esta modalidad de terminación anormal del proceso del mismo fundamento que el allanamiento o la renuncia, nada empece a reconocerle eficacia también dentro del proceso sobre estado civil, por supuesto, en relación con las pretensiones de carácter disponible para las partes. Siendo ello cierto, no obstante, el silencio del art. 751.3 LEC sobre la aplicabilidad a estos procesos de la denominada *satisfacción extraprocésal* está, en nuestra opinión, plenamente justificado, toda vez que esta institución se concibe en la LEC como causa de terminación del proceso: evidentemente, y dado que la naturaleza de las pretensiones principales en los procesos de estado civil no son de carácter disponible, no es posible entender viable ni eficaz una presunta terminación de un proceso de filiación o de incapacitación por satisfacción extraprocésal del objeto, dado que, por su propia esencia, este tipo de acciones se caracterizan —de acuerdo con el modelo de las denominadas *acción potestativas al cambio*— por el hecho de que sus *petita* sólo pueden ser satisfechos previa declaración del Juez. Dicho en otras palabras, la tutela solicitada por las partes en los procesos de incapacitación, filiación, paternidad y maternidad (a diferencia de lo que, por ejemplo, ocurre en el caso de las reclamaciones de cantidad o en la declarativa de dominio) no puede obtenerse privadamente en el tráfico jurídico por ninguna de las formas admisibles en Derecho, unilaterales o no, sino que es preciso, como se sabe, acudir a la autoridad judicial para que, previo el proceso, estime o desestime la demanda una vez acreditados positiva o negativamente unos hechos concretos que sirven como base determinante de la decisión del Juez, una garantía de legalidad, basada en que los límites de la independencia de los Jueces preservará la aplicación de estas normas sólo en los casos previstos en la ley y para el fin perseguido por ésta¹¹. Otra cosa es que sí sea concebible que determinadas pretensiones accesorias del proceso, que sí sean de carácter dispositivo, puedan extraerse del ámbito objetivo del proceso (de la *materia decidendi*) por el simple hecho de haberse alcanzado entre las partes un acuerdo extraprocésal¹².

A diferente conclusión debería llegarse en otro de los supuestos que regula el art. 22 LEC, también con carácter novedoso en el Derecho español, dentro del capítulo IV del título I del libro I, bajo la rúbrica «Del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones». Me refiero a la denominada en la ley *terminación del proceso por*

¹¹ ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 732 y 733.

¹² Sobre la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o por carencia sobrevenida de su objeto, *vid.* la magnífica monografía de F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003.

carencia sobrevenida de objeto. En este caso, al que no se refiere expresamente el art. 751 LEC (ni para admitirlo ni para rechazarlo en los procesos que regula el título I del libro IV), es posible imaginar situaciones jurídicas en las que se justifique legítimamente la necesidad de evitar la continuación del proceso cuando su objeto principal se haya extinguido. Poco discutible es, por ejemplo, que el hecho de la muerte del presunto incapaz, para el proceso de incapacitación o de reintegración de la capacidad, extingue en la mayor parte de las ocasiones el interés legítimo en obtener la tutela jurídica afirmada en la demanda, luego se puede justificar perfectamente, en ese caso o en casos como éste, una terminación anticipada del proceso, sin necesidad de agotar artificialmente todas las fases procedimentales aún pendientes¹³. Por ese motivo, como decimos, no encontramos óbices, una vez examinadas las concretas circunstancias del caso, para que el Juez, a instancia de cualquiera de las partes personadas, ordene la terminación anticipada del proceso, sin que de ello deba derivarse necesariamente una infracción del orden público jurídico y sin que, en nuestra opinión, no sea de recibo la no continuación del proceso. El tratamiento procesal de esta situación jurídica da lugar al planteamiento de un incidente declarativo cuyos trámites son los siguientes: producido el hecho, cualquiera puede poner de manifiesto el hecho al Tribunal; se da audiencia a las partes y, si hubiera acuerdo, se decretará la terminación del proceso por resolución judicial motivada, con forma de auto (art. 22.1 LEC), que tendrá los mismos efectos que la sentencia absolutoria firme, sin que proceda la condena en costas para el actor. Puede ocurrir que alguna de las partes sostenga la pervivencia del interés en continuar el proceso hasta el final, a pesar de que se haya producido el hecho causal. En este caso es preciso que niegue motivadamente que se haya dado satisfacción procesal a su pretensión o que aporte otros argumentos que justifiquen la necesidad de continuar el proceso: en este caso, el Juez convoca a las partes a una comparecencia con ese único objeto, en el plazo de diez días y, terminada ésta, decide por resolución motivada con forma de auto lo procedente, contra el que, en casos de acordar la terminación, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 22.2 y 3 LEC).

Enumera, por otra parte, el art. 751 LEC, en su párrafo 2, una serie de casos en los que el desistimiento sería eficaz sin necesidad del concurso de la conformidad del Ministerio Fiscal, lo que reafirma nuestra observación

¹³ En este mismo sentido se manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de abril de 1892 (M. SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, p. 498). Igualmente, los autores han entendido que, por ejemplo, la muerte de los posibles acreedores de los alimentos del pródigo puede hacer desaparecer el interés en continuar el proceso de declaración de la prodigalidad. Vid. APARICIO AUÑÓN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. IV, Valladolid, Lex Nova, p. 4022.

anterior de que, desde el punto de vista del legislador, no es igual el interés público presente en todas las controversias a las que se dedica el título: es el caso de los procesos de nulidad del matrimonio civil por minoría de edad, cuando la pretensión se ejercitase por el cónyuge una vez alcanzada la mayoría de edad; tampoco en los procesos sobre prodigalidad y filiación cuando no existen menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento¹⁴; en tercer lugar, cuando la nulidad matrimonial se pide por miedo o coacción grave; y, por último, en los procesos sobre separación matrimonial y divorcio. De acuerdo con las estadísticas judiciales, el tenor de este precepto convierte, en la práctica, la excepción en regla general y la regla general en excepción, puesto que, en definitiva, la exigencia de previa conformidad del Ministerio Fiscal para el desistimiento se reduce tan sólo a los casos de procesos sobre incapacitación o reintegración de la capacidad, procesos sobre prodigalidad o filiación en que estén interesados menores, incapacitados o ausentes y los procesos sobre nulidad de matrimonio civil, con las dos excepciones que establece la ley: en todos los demás supuestos (incluyendo los procesos más comunes, entre los que se encuentran los de separación y divorcio, incluso cuando estén en juego los intereses de menores o incapacitados) es posible el desistimiento sin necesidad de la conformidad del Ministerio Fiscal¹⁵.

¹⁴ En el caso de la prodigalidad, en realidad lo que ocurre es que el Ministerio Fiscal ni siquiera es parte del procedimiento, de conformidad con lo que establece el art. 749.2 LEC, como se ha señalado.

¹⁵ Tanto el desistimiento del proceso como la renuncia, el allanamiento y la transacción procesal constituyen formas o modos de terminación anormal del proceso, entendiendo aquellas que evitan la forma usual de finalización de toda causa procesal, que es la sentencia. En el Derecho español, la renuncia y el allanamiento son sendas declaraciones de voluntad emitidas respectivamente por el actor y por el demandado que determinan la emisión por parte del Juez de una sentencia desestimatoria de la demanda (en el caso de la renuncia de la acción) o desestimatoria de la misma (en el caso del allanamiento). Por su propia naturaleza, son plenamente eficaces, sin necesidad de bilateralidad por la parte contraria. En cuanto a la transacción, por su naturaleza contractual, requiere necesariamente el concurso de las voluntades de todas las partes del proceso. El desistimiento, en último término, que es una declaración del actor para que el proceso sea sobreseído sin pronunciamiento sobre el fondo de *la res in iudicio deducta*, sí necesita para ser eficaz de la previa audiencia del demandado, quien puede estar interesado —en contra de los intereses del demandante— en que el proceso continúe y en obtener una sentencia favorable con fuerza de cosa juzgada, o por el contrario puede decantarse a favor de la pretensión del actor de sobreseer el proceso: de acuerdo con la regla general del art. 20 LEC, cuando hay acuerdo entre ambas partes, el Juez debe sobreseer el proceso, vinculado por el mismo; en el caso de los procesos sobre estado civil (en los términos que se ha expuesto en el texto) no es así, si no hay previo acuerdo también del Ministerio Fiscal. Las formas de terminación del proceso han merecido, por vez primera, la atención expresa del legislador procesal en la LEC española de 2000 (arts. 19 a 22) y son típicas expresiones del principio dispositivo: de suerte que toda decisión judicial contraria a los efectos propios de la que hayan promovido las partes es defectuosa

c) *Investigación de oficio*

6. En los procesos que regula el título I del libro IV de la LEC impera la búsqueda de la denominada *verdad material* o real en lugar de la *verdad formal* o relatada por las partes. Se trata de otra característica propia de los procesos regidos por el principio de oficialidad, derivada del interés público que en ellos suele estar presente.

La opción entre verdad formal y verdad material se manifiesta, y no siempre de modo pacífico, cuando en el proceso entran en juego intereses que trascienden de la mera esfera personal de los litigantes (como es el caso, por ejemplo, del proceso penal). Que se opte en determinados casos, en la ley, por una u otra no es fruto de un capricho del legislador, sino al contrario, de la aplicación al proceso de máximas de la experiencia, siguiendo el denominado «principio de normalidad» (*id quod plerumque accidit*), esto es, aquello que, según acredita la experiencia, habitualmente acontece ante los Tribunales de justicia. Desde luego, es propósito del legislador que en todo caso el Derecho se aplique sobre a una situación fáctica real, pero si en determinados casos, como criterio de utilidad, se da relevancia a la verdad contada o aceptada por las partes, sin necesidad de profundizar en la verdad real de los hechos —al margen de lo que las partes declaren o acepten como cierto—, se debe preferentemente a dos razones: en primer lugar, a que el reconocimiento como ciertos de unos hechos sólo perjudica, en la esfera jurídico-privada, a las propias partes que la emiten, y sólo en ese supuesto sería admisible, pues de producirse en perjuicio de los derechos e intereses de terceras personas, se trataría de un acto realizado en abuso del Derecho, en conformidad con lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil¹⁶; por otro lado, la experiencia demuestra que, al menos en la esfera patrimonial, sólo se admite como cierto un

por incongruente. No cabe decir lo mismo en el caso de los procesos de que nos ocupamos, en donde, como vemos, son amplias las restricciones a las facultades dispositivas de las partes.

¹⁶ Que en su párrafo 2 dispone: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Otra cosa son las consecuencias procesales derivadas del acto abusivo. En la LEC no se incluyen, entre los actos nulos, los realizados en perjuicio de tercero (*vid.* art. 225 LEC). El art. 247 LEC establece ciertas consecuencias, en caso de que el Tribunal aprecie que se ha actuado en contra de la buena fe procesal (multa entre 180 y 6.000 euros, sin que pueda rebasar un tercio de la cuantía), pero no la revocación de oficio ni la declaración de nulidad del acto en cuestión. Sólo es posible, en su caso, obtener la revocación de la sentencia firme, por maquinación fraudulenta, por medio del recurso extraordinario de revisión (*vid.* art. 510), con las dificultades que presenta el reconocimiento de legitimación activa, en estos casos, a quien no ha sido parte del proceso.

hecho personal y perjudicial cuando el hecho es realmente cierto. En otras palabras, en la esfera patrimonial la verdad formal se asimila a la verdad real o material, de ahí que al legislador le baste aquella y la dé relevancia a efectos de acreditar los hechos controvertidos. No ocurre así, por el contrario, cuando en el proceso de dilucidar intereses de carácter jurídico-público, en que la experiencia demuestra, en no pocos casos, que no siempre se acomoda lo declarado por las partes o por terceros, dentro del proceso, a lo realmente acontecido, por lo que, de darse eficacia a la verdad contada se correría el grave riesgo de aplicar una norma a unos hechos inexistentes¹⁷.

Por otra parte, no debe ocultarse el hecho de que, con frecuencia, en los procesos en que se dilucida un interés público las normas a aplicar son de *ius cogens* o de Derecho imperativo. En estos casos, el interés público se traduce no sólo en el deber de aplicar una norma o un grupo de normas ante una situación de hecho determinada subsumible en la ley, sino también en que dicho deber no concurra cuando los hechos no encajan en el supuesto de hecho de la norma. Es decir, existe el mismo interés público en aplicar una norma imperativa cuando se da un hecho o supuesto fáctico previsto en la norma misma, como en que dicho mandato legal no se aplique a supuestos de hecho no subsumibles en la norma: este segundo comportamiento (*v. gr.*, la imposición de una pena cuando el hecho denunciado no existe o no es típico) sería, en definitiva, tan contrario al orden público como lo sería la omisión del primero (*v. gr.*, la falta de sanción contra el hecho punible). En la esfera penal se aprecia con absoluta claridad esta particularidad, que se resume en la conocida máxima de Beccaria conforme a la cual «más vale absolver al culpable que condenar al inocente»: en este ámbito, el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece previsiones equivalentes a las aquí expuestas, también sobre la base del mismo interés público existente en la averiguación de la verdad de los hechos¹⁸. Lo dicho, que no es sino manifestación de las exigencias propias del principio de legalidad (establecido en el art. 25 de nuestra Carta Magna), se observa siempre que entre en juego la aplicación de una norma prohibitiva o restrictiva de derechos, como ocurre de manera singular en no pocos de los procesos sobre estado civil que se regulan en el título I del libro IV de la LEC. En efecto, la gravedad de las consecuencias para el individuo de, por ejemplo, la modificación del estatuto de su personalidad, o de su capacidad de obrar, es suficiente como para justificar que

¹⁷ Ocurre así, muy significativamente, en el caso del proceso penal, en que no es inusual que una persona reconozca como ciertos hechos que no lo son (para encubrir a otra, para minorar la gravedad de los hechos, entre otras razones), lo que exige, como regla, no dar por ciertos los hechos declarados sin más, sino investigarlos hasta obtener la certeza plena sobre ellos.

¹⁸ CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 758.

la norma se aplique siempre a unos hechos sobre cuya certeza exista la mayor seguridad posible, restringiendo a ultranza la eventualidad de una privación o restricción de derechos, o un cambio de la filiación, basados en el mero juego de la verdad formal.

La traducción de este interés público en la LEC se caracteriza por la flexibilización del límite preclusivo para alegar hechos relevantes, puesto que el art. 752 LEC otorga eficacia a los alegados aun extemporáneamente, siempre que sean relevantes y hayan sido objeto de debate, pues lo contrario vulneraría el derecho de defensa¹⁹. Por otro lado, dando prevalencia en estos procesos a la búsqueda de la verdad material, el Tribunal puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes en cualquier instancia, con independencia de las que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal (arts. 752.2 y 759 LEC), y carecerá de eficacia la admisión de hechos por las partes, con fuerza vinculante para el Tribunal decisor (algo en que se trasluce, de nuevo, que las partes no son las dueñas de los hechos del proceso, como correspondería a un proceso regido por los principios dispositivo y de aportación de parte, y que se previene en el art. 281.3 LEC: «Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes»). No significa lo dicho que demanda y contestación puedan prescindir de elementos fácticos, pues —como con anterioridad se ha señalado— la presencia de un interés público no conduce a negar la carga de las partes en la alegación de hechos, lo cual es independiente de que, al amparo de ese interés, se autorice al Juez, como órgano público, a traer de oficio hechos al proceso²⁰. También se priva de fuerza a las *tarifas probatorias* —las pruebas de valoración legal— que reconoce nuestro ordenamiento, que afectan, como es sabido, a la valoración de las declaraciones de las partes y a de los documentos públicos o privados reconocidos (respectivamente, arts. 316.1²¹, 319.1²² y 326.1²³ LEC): de darse el caso, estos medios de prueba deberán ser valorados de forma libre, con arreglo a las reglas de la sana crítica, sin mayor limitación para la libertad valorativa del Juez.

¹⁹ En este mismo sentido, PÉREZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 3949.

²⁰ Coincidimos en este punto con BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1269.

²¹ «Si no contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

²² «Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1 a 6 del art. 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que en su caso intervengan en ella».

²³ «Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del art. 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudique».

6. Como se ve, el imperio del principio de oficialidad determina el incremento de los poderes oficiales del Juez en materia probatoria. No es, sin embargo, el art. 752 LEC la manifestación exclusiva de estos poderes del Juez, toda vez que en la regulación particular de cada proceso sobre estado civil aparecen muestras de las mayores facultades del Juez dentro del proceso, siempre con el interés público como causa o motivo. Los poderes oficiales del Juez se manifiestan también, en el caso del proceso de incapacitación, en la práctica de medidas cautelares; así lo reconoce el art. 762 LEC, que incorpora a la LEC la norma contenida en el antiguo art. 203 del Código Civil que autoriza al Juez a adoptar de oficio medidas cautelares para la protección del presunto incapaz o de su patrimonio, en los términos en que más adelante se dirá.

También en el proceso de incapacitación, la autoridad judicial tiene el deber de denunciar al Ministerio Fiscal la existencia de una causa de incapacitación, para que promueva éste, si lo estima oportuno, el proceso de incapacitación; algo que, como veremos, se concibe como simple facultad en el caso de las personas, de acuerdo con el art. 757.3 LEC.

2. Otras normas comunes a los procesos sobre estado civil: procedimiento a seguir, régimen de publicidad y secreto de las actuaciones, eficacia de la sentencia, representación procesal y asistencia letrada, y régimen de recursos extraordinarios

7. Entre las disposiciones comunes a los procesos civiles no dispositivos se contienen además normas relativas al tipo procedimental (art. 753 LEC), la regla general sobre publicidad y secreto de los actos y vistas (art. 754 LEC) o de eficacia de la sentencia (art. 755 LEC), hasta las reglas sobre representación técnica y asistencia letrada (art. 750 LEC).

8. El procedimiento se deberá acomodar —como se dice en páginas anteriores— a los cauces del *juicio verbal*, que se regula en los arts. 437 y siguientes LEC. Con ello se recoge una antañona reclamación de la doctrina, para la cual, ni la mayor cuantía ni la menor cuantía constituyen el cauce más eficaz para unos procesos en los cuales la concentración e inmediación puede desempeñar un papel de suma trascendencia. La solución legal es, no obstante, diferente de la hasta ahora existente en nuestro Derecho: la LEC de 1881, en su versión previa a su parcial derogación por la vigente, atribuía la sustanciación de los procesos sobre filiación, paternidad, maternidad y estado civil al juicio de menor cuantía (es así, desde la entrada en vigor de la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y, después, del tenor del

art. 484.2.º LEC de 1881, tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto)²⁴, normativa que fue novedosa con respecto a nuestro Derecho tradicional, en que este tipo de controversias se elucidaban por los cauces de la jurisdicción voluntaria: en efecto, la redacción original de la LEC de 1881 (art. 1.848) establecía que la declaración de la locura o demencia se pudiera acreditar no por sentencia firme (dictada en proceso de mayor cuantía), sino *sumariamente*, en un *antejuicio*, un expediente de jurisdicción voluntaria en el que, según se ha señalado, ni siquiera la existencia de oposición implicaba su conversión en proceso contencioso²⁵ y por el que sólo se trataba de otorgar una protección inmediata a la persona del presunto incapaz, mediante el nombramiento de un curador ejemplar interino, hasta que la incapacidad se determinara en el juicio que correspondiese²⁶. La publicación del Código Civil en 1889 sólo contribuyó a enturbiar la cuestión del procedimiento adecuado para decretar la incapacitación, toda vez que la versión inicial del art. 218 consideraba que debía ordenarse sumariamente, sin más, lo que dio lugar a una polémica casi centenaria acerca de si lo procedente era obtener la incapacitación en proceso contencioso (postura defendida, entre otros, por Guasp y Gómez Orbaneja)²⁷ o si en expediente de jurisdicción voluntaria, revisable a través del de mayor cuantía (Reyes Monterreal y Ferrer Martín)²⁸: la cuestión se zanjaría tras la promulgación de la Ley 13/1983, en los términos antedichos.

Es evidente que la opción legal seguida antes de la vigente LEC era el de sustanciar las pretensiones sobre estado civil por un tipo procedimental de mayores garantías. Este criterio es modificado por la nueva LEC, que se inclina por el juicio verbal, el más sencillo de los dos procesos ordinarios previstos en la nueva LEC, que no confía en el juicio ordinario para la

²⁴ Los procesos matrimoniales se tramitaban, de acuerdo con la disposición adicional quinta de la Ley 30/1981, por el procedimiento de incidentes, o según la disposición adicional séptima de la Ley 30/1981, para determinados procesos de nulidad, por el cauce del juicio ordinario (menor cuantía).

²⁵ FENECH NAVARRO, «La incapacitación del enfermo mental», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1979, p. 484.

²⁶ GARCÍA-LUBÉN BARTHE, *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, Madrid, 1999, p. 22.

²⁷ Respectivamente, *vid. Derecho Procesal Civil*, II, Madrid, 1977, pp. 417-419, y *Derecho Procesal Civil* (con HERCE), II, Madrid, 1976, p. 126.

²⁸ «El proceso sobre reintegración de la capacidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1957, p. 66, y «Naturaleza sobre los procedimientos de declaración de incapacidad del enajenado», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1958, pp. 802-805. No falta quien consideraba el procedimiento como una *nova species*, contenciosa pero sumaria, pues permitía reproducir la pretensión obtenida en un juicio de mayor cuantía posterior. *Vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del juicio de incapacitación», en *Justicia*, II, 1982, pp. 50-52; PÉREZ GORDO, «El juicio de incapacitación de las personas físicas», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1980, pp. 113-114.

tutela de este tipo de derechos, a pesar de los avances que en el mismo obtiene la oralidad con respecto a los derogados juicios de mayor y de menor cuantía. Según dice la Exposición de Motivos, XIX, la Ley «diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia». Con todo, y como particularidad, la LEC establece una significativa especialidad, que determina para este tipo de procesos un *plus* de garantías con respecto al procedimiento del juicio verbal: nos referimos a la exigencia de que la demanda sea completa y no, como establece el art. 437 LEC para los juicios verbales, sucinta (heredera en la nueva LEC de la vieja papeleta de demanda a que se refería el art. 720 LEC de 1881). Así lo dispone el art. 753 LEC, en cuya virtud los procesos a que se refiere el título I se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, con traslado de la demanda al Ministerio Fiscal y a las partes que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, a quienes se emplazará para que contesten conforme a lo establecido en el art. 405 LEC, es decir, por escrito redactado de acuerdo con los contenidos de la demanda ordinaria, en el plazo de veinte días. Los términos del art. 753 LEC no dicen expresamente que el escrito de demanda deba ajustarse —como excepción a la regla general de los juicios verbales— a las exigencias que, para la demanda de juicio ordinario, establece el art. 399 LEC (como sí hacía el Proyecto de LEC, art. 772); no obstante, debe ser así, pues carecería de sentido que se exija una contestación completa por escrito si ésta, como consecuencia del principio de igualdad de armas en el proceso, no equivaliera a un acto de alegación inicial de contenido análogo: es más, difícilmente se podría exigir del demandado, desde el punto de vista del derecho de defensa, una contestación escrita con plenitud de alegaciones si la misma debiera oponerse tan sólo a una demanda sucinta, en la que, conforme a la dicción del art. 437 LEC, el actor se limitase a consignar los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que pueden ser citados, así como la fijación sin más del *petitum*, con claridad y precisión.

La especialidad que establece el art. 753 LEC implica, por consiguiente, la incorporación en la nueva LEC de un híbrido entre el juicio ordinario y el juicio verbal, que *grosso modo* se acercaría a los perfiles del juicio de cognición, uno de los cuatro procesos declarativos ordinarios reconocidos en la anterior LEC (art. 481), que se incorporó al ordenamiento procesal en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 (que desarrollaba la Ley de Bases para la Justicia Municipal de 1944), y que disponía de naturaleza mixta, con alegaciones escritas y pruebas practicadas con unidad de acto en vista oral; algo que infructuosamente intentó con carácter general el

Proyecto de LEC que el gobierno presentó ante las Cortes Generales²⁹. Subsidiariamente se aplican las reglas del juicio ordinario —y no las del verbal— a las actuaciones propias de la fase de alegaciones, lo que afecta, por ejemplo, al momento de la impugnación de la competencia del Juez; a partir de la contestación, el proceso comienza a regirse por los cauces del juicio verbal³⁰.

9. En cuanto a la representación técnica y la asistencia letrada, en los procesos regulados en este título las partes deberán actuar asistidas de Abogado y Procurador, a excepción, como es natural, del Ministerio Fiscal, siempre y cuando no deban ser defendidas —según el art. 750.1 LEC— por el propio Ministerio Fiscal (es el caso, por ejemplo, de los ausentes o menores: art. 749.2 LEC), y sin que sean de aplicación las reglas generales previstas en los arts. 23 y 31 LEC, en lo que se refiere a los límites de cuantía mínimos que hacen preceptiva su intervención³¹: estos dos preceptos hacen facultativa la actuación de procurador y abogado en el proceso

²⁹ En efecto, el Proyecto de LEC contemplaba dos tipos de juicios verbales, uno con demanda sucinta y contestación verbal, y otro con demanda y contestación escritas (cuando se trataba, en este segundo caso, de demandas en materia de arrendamientos urbanos de bienes inmuebles —salvo desahucio por falta de pago o extinción del plazo de la relación arrendaticia, retracto, tutela sumaria de la posesión, alimentos, entre otras tutelas establecidas en el art. 439.1 del Proyecto—), lo que implicaba un número de tres procesos ordinarios: el juicio ordinario, el juicio verbal con demanda y contestación escritas, y el juicio verbal con demanda sucinta. Durante el trámite parlamentario, no obstante, se estimó oportuno reducir el número de procesos a dos, lo que afectó a la pervivencia del juicio verbal con demanda escrita que, definitivamente, desaparecería del plan legislativo en el informe de la ponencia del Congreso de los Diputados.

³⁰ Opina así también BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1272.

³¹ Modificado por enmienda del Grupo Socialista en la Ponencia del Congreso. Su texto es: «1. La comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos: 1.º En los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley. 2.º En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas. 3.º En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio». Art. 31: «1. Los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado. 2. Exceptúanse solamente: 1.º Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 900 euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley. 2.º Los escritos que tengan por objeto personarse en juicio, solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio o pedir la suspensión urgente de vistas o actuaciones. Cuando la suspensión de vistas o actuaciones que se pretenda se funde en causas que se refieran especialmente al abogado también deberá éste firmar el escrito, si fuera posible».

en cuestiones de cuantía inferior a 900 euros, regla que no es de aplicación en los procesos de estado civil, no sólo por el carácter especial de la regla del art. 750 LEC, sino también porque las cuestiones de estado civil son de cuantía inestimable, por la naturaleza de su objeto (con independencia de que sí puedan cuantificarse algunas de las pretensiones accesorias). Por el contrario, deben ser de aplicación algunas de las excepciones que establecen los arts. 23 y 31 LEC: no debe ser preceptiva la intervención de abogado ni procurador para solicitar medidas previas urgentes (art. 23.2.3.º LEC), ni la del abogado para pedir la suspensión urgente de las vistas (art. 31.2.2.º LEC)³².

En el caso de los procesos consensuales de separación matrimonial y divorcio, el art. 750.2 LEC, párrafo 2, en concordancia con su art. 771, recoge la vieja regla contenida en la derogada disposición adicional sexta de la Ley 30/1981, de reforma del Código Civil, según la cual las partes pueden, en ese caso, valerse de una misma representación y defensa. Establece el precepto algunas cautelas para el caso de que termine el consenso entre los cónyuges durante la tramitación del proceso: «... cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges», dice el artículo, «no fuera aprobado por el Tribunal, se requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o sí, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el Tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, se requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente». Bien está que la LEC adopte este tipo de cautelas, pero ello no oculta los riesgos de la regla general, en la medida en que el abogado difícilmente puede mantener su debida neutralidad, cuando pase de abogado común a abogado de parte, habida cuenta que el conocimiento adquirido de los litigantes durante el período de consenso puede otorgarle una posición de ventaja con respecto al abogado de que se valga, desde la conversión del proceso en contencioso, la parte contraria. Esta actuación quebranta el principio de buena fe y confianza entre el abogado y el cliente (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 12, de 8 de julio de 1993)³³.

Por lo que se refiere a la actuación del Fiscal, y tal y como está redactado el art. 750.1 LEC, da la impresión de que existen casos en que su inter-

³² Compartimos aquí la opinión de ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 731.

³³ La Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en acuerdo publicado en la revista *Otrosí* de septiembre de 1986, estimó no admisible que el abogado que redactó el convenio regulador en un proceso matrimonial pudiera continuar ejerciendo la defensa después de convertido el proceso en contencioso.

vención es preferente a la de procurador y abogado designados por la parte o por sus representantes legales. En realidad, no es así: el art. 749 enumera los casos en que el Ministerio Fiscal actúa como parte (no como representante ni asesor jurídico de ninguna de las partes), y el art. 750.1 alude a la posibilidad de que algunas partes estén representadas y defendidas por el Ministerio Fiscal (cuando así lo disponga la ley). Ahora bien, esta actuación del Ministerio Público debe entenderse siempre que la parte no cuente ya, *lite pendente*, con representante técnico ni asesor jurídico: una vez que éstos sean designados —por los mismos representados, por sus representantes legales o por la autoridad— se entiende que la libertad de la defensa (en la que se inserta, en nuestra opinión, la libertad de contratación del procurador y del abogado) debe primar sobre el interés público que protege el Ministerio Fiscal en el proceso. Una prueba de lo afirmado la tenemos en el art. 758 LEC, párrafo segundo, que concibe la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso de incapacitación, en cuanto que representante y defensor del presunto incapaz, siempre en defecto de nombramiento de procurador y abogado por éste y hasta que sea designado un defensor judicial. No queremos decir con ello que el Ministerio Fiscal deba dejar de ser parte en esos casos, salvo en los supuestos en que su actuación no sea preceptiva por la ley. Puede darse el caso de que el Fiscal deba constituirse preceptivamente como parte del proceso y deba igualmente, conforme a la ley (por ejemplo, como promotor de la incapacitación), defender a una parte (por ejemplo, al supuesto incapaz, que no ha designado abogado ni procurador): en ese supuesto, al afectado se le debe designar un defensor judicial, por existir conflicto de intereses entre la posición del Fiscal demandante y la del afectado demandado (art. 762.2 LEC).

10. Los actos y vistas que, por regla general, se celebran en audiencia pública en todo tipo de procesos podrán declararse secretos en el caso de pretensiones relativas al estado civil, aun fuera de los casos del art. 138 LEC (es decir, cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el Tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia, siempre que el Tribunal lo estime conveniente), precepto que desarrolla en el ámbito procesal civil la regla general del art. 232.2 LOPJ³⁴. Es digna de ser destacada la posibilidad de que estos juicios se celebren también en forma pública, si así lo considera el propio

³⁴ En cuya virtud, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales pueden decretar el secreto de todas

Tribunal: lo difícil es idear supuestos que justifiquen la necesidad de declarar secretas las vistas que no estén recogidos en los arts. 138 y 140 LEC, por lo que debemos considerar superflua esta regla especial³⁵. El secreto no opera en estos casos, como se ve, *ope legis*, sino que debe ser decretado por el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, si bien no exige la ley que la resolución que lo acuerde sea motivada (en contra, por cierto, de lo que con carácter general establece el art. 232.2 LOPJ), toda vez que tendrá forma de providencia y no de auto.

11. El art. 222.3 LEC dispone que la sentencia que se dicte en este tipo de procesos producirá fuerza de cosa juzgada con eficacia *erga omnes*, con independencia de que hayan sido todos los afectados parte o no en el proceso. Esta previsión es una excepción a la regla general *res iudicata ius facit inter partes*, e incorpora lo dispuesto en el derogado art. 1.252 del Código Civil, según el cual la «presunción de cosa juzgada» es eficaz contra terceros en los procesos de estado civil, aunque no hubiesen litigado. Aquí, la LEC, como lo hacía el Código, trata de poner de manifiesto el singular interés público inherente al valor *erga omnes* de un pronunciamiento sobre estado civil: en efecto, nadie puede tener un estado civil con respecto a unas personas (las que han litigado) y otro diferente con respecto a las demás (las que no han litigado)³⁶. No obstante, no ha de interpretarse esta previsión en el sentido de que deba ser constituido un imposible litisconsorcio pasivo necesario en el que deban ser demandados todos los afectados por la futura sentencia, que serán todos los miembros del grupo social, puesto que los efectos de la sentencia se extenderán a todos los que actual o potencialmente mantengan relaciones jurídicas con el incapacitado o con aquel cuya capacidad ha sido reintegrada. Como novedad, sin embargo, el art. 753 LEC permite la subsanación de oficio de la falta de litisconsorcio pasivo en este tipo de procesos, puesto que de la demanda se dará traslado a todos los que deban ser parte, conforme a la Ley, hayan sido o no demandados, previsión que no aparece, por ejemplo, en la vigente regulación de estos procesos en el Código Civil. Con todo, lo preceptuado en el art. 222.3 LEC debe completarse con el art. 755 del mismo cuerpo legal: en efecto, la eficacia contra terceros de la sentencia sobre estado civil no es inmediata, sino que requiere de la previa inscripción del fallo en los Registros públicos correspondientes, norma que concuerda con el derogado art. 214 del Código y con el art. 218 (referido éste en exclusiva a las resoluciones judiciales en materia de tutela y curatela); para ello, la comunicación será de oficio,

o parte de las actuaciones. En contra de esta facultad y a favor de que el secreto opere *ope legis*, PÉREZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 3907.

³⁵ En idéntico sentido Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 416.

³⁶ Como atinadamente ha observado Tapia Fernández (con Cerdón Moreno), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, vol. I, p. 816.

en el caso del Registro Civil, o a instancia de parte, para inscripciones en otros Registros públicos (Registro Mercantil o Registro de la Propiedad, por ejemplo)³⁷.

12. Merece la pena hacer hincapié también en el silencio que guarda la ley acerca del régimen de recursos devolutivos extraordinarios en el seno de los procesos sobre estado civil, en concreto del recurso de casación. Conforme a la derogada LEC de 1881, las cuestiones de estado civil tenían acceso a la función nomofiláctica del Tribunal Supremo al amparo del art. 1.687.1.a), que se remite al art. 484.2 (procesos de filiación, paternidad, maternidad y estado civil). En la enumeración de resoluciones recurribles en casación del art. 477 LEC no tienen encaje las resoluciones recurribles, las dictadas en los procesos de estado civil: de acuerdo con el nuevo régimen de la casación civil, son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en todo caso, cuando se dictaran para la tutela civil de derechos fundamentales, con la excepción de los que reconoce el art. 24 de la Constitución³⁸ o cuando presenten interés casacional, de acuerdo con los estrechos márgenes del art. 477.3 LEC; y cuando rebasen la cuantía de 15.000 euros. De acuerdo con estos requisitos, las causas sobre estado civil difícilmente llegarán al conocimiento de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, competente (junto con las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas) para conocer del recurso de casación civil: en primer lugar, porque los asuntos de estado civil son, por regla general, de cuantía inestimable (aunque podría darse la paradoja de que las pretensiones accesorias de contenido patrimonial sí fueran aisladamente recurribles en casación, siempre y cuando, conforme las reglas legales —arts. 251 y 252 LEC—, rebasen dicho límite cuantitativo); en segundo término, porque no se dictan para la tutela de derechos fundamentales distintos del art. 24 CE, aunque ello no signifique que lo que en ella se decida no pueda afectar a derechos fundamentales; en último lugar, es difícil apreciar la presencia del interés casacional en este tipo de procesos con carácter general, pues la LEC restringe la concurrencia de dicho interés a los casos en que la sentencia

³⁷ Sobre la extensión y límites de la cosa juzgada, *vid.*, en general, DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, y «Límites temporales de la cosa juzgada civil», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1995, pp. 425-427; también PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada: su régimen en la LEC 1/2000*, Madrid, 2002.

³⁸ Que son los referentes a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de la indefensión, así como al derecho al proceso público con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, a la presunción de inocencia, al Juez ordinario predeterminado por la ley, a estar informado de la acusación, a practicar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.

recurrida se oponga a la doctrina del Tribunal Supremo o resuelva puntos sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven en vigor más de cinco años (siempre que no hubiera doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido). Esto debe ser valorado negativamente, máxime si se considera que, al amparo de la disposición adicional decimosexta LEC —que se sigue aplicando por la resistencia del legislador a implantar en toda su extensión el denominado recurso extraordinario por infracción procesal—, tampoco va a haber control de los vicios *in procedendo* cometidos en el seno de los procesos de estado civil ante el Tribunal Supremo. Eso significa que, de momento, la última instancia en estas materia la constituye la Audiencia Provincial, con lo que ello significa desde el punto de vista de la inseguridad jurídica en materias que, por afectar al orden público, merecerían un último pronunciamiento del Alto Tribunal³⁹.

³⁹ La LEC de 2000 diseñó un sistema de recursos extraordinario caracterizado por la separación del ámbito competencial del Tribunal Supremo de aquellos recursos que no tuvieran por motivo la infracción de las normas sustantivas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia (esto es, las que se encuadrasen en el antiguo motivo cuarto del art. 1.692 LEC de 1881): de este modo, las infracciones relativas a las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva y funcional, de las normas reguladoras de la sentencia, de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando la infracción pudiera determinar la nulidad o hubiera podido producir indefensión o la vulneración de los derechos del art. 24 constitucional en el proceso civil, era revisable por medio de un nuevo recurso —el extraordinario por infracción procesal—, de cuyo conocimiento se encargarían los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. La precariedad de la mayoría parlamentaria al tiempo de la aprobación de la LEC impidió la reforma de la LOPJ que atribuyera el conocimiento de este recurso a los Tribunales autonómicos: el resultado es que, desde enero de 2000, por aplicación de la disposición transitoria decimosexta de la LEC, del conocimiento de este nuevo recurso se encarga el Tribunal Supremo, lo que, siguiendo la célebre frase del Marqués de Lampedusa, significó un cambio para que todo siguiera igual. Pero el régimen transitorio, al que no se ha puesto remedio en la reciente reforma de la LOPJ operada en virtud de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que afectó a más de un tercio del articulado de la Ley, implica una situación menos favorable al acceso al recurso extraordinario que la derivada de la aplicación del régimen legal, toda vez que, en el plan del legislador procesal, la procedencia del recurso extraordinario por infracción procesal no estaba sujeta a límites cuantitativos mínimos; con el régimen transitorio, empero, sólo cabrá dicho recurso si la resolución recurrida lo fuera también en casación, esto es, si tuviera una cuantía superior a 15.000 euros.

III. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES DE LOS PROCESOS SOBRE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

13. Bajo la rúbrica «Procesos sobre la capacidad de las personas» (arts. 756 a 764) se regulan las especialidades procedimentales de los procesos sobre declaración de incapacidad, reintegración de la capacidad, modificación del alcance de la incapacitación y declaración de prodigalidad. También se introduce en el articulado de la LEC un precepto sobre la autorización o ratificación del internamiento de un presunto incapaz (art. 763). En este capítulo II del título I del libro IV de la LEC se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los arts. 202 a 214 y 294 a 298 del Código Civil, con algunas ampliaciones y mejoras del régimen procesal hasta entonces vigente. La incorporación de estas normas a un texto estrictamente procesal ha de valorarse positivamente, dado que el régimen jurídico del incapaz y el alcance de la incapacitación arrancan como presupuesto necesario de la decisión judicial que incapacita: bueno es, en consecuencia, que se dé relevancia, a través de su discriminación de las normas sustantivas, a las que regulan los procesos sobre la capacidad de las personas. No obstante, no todas las normas sobre incapacitación y prodigalidad se trasladan a la LEC, pues muchas de ellas (en especial, las relativas a las causas de incapacitación, a la tutela y a la curatela) se mantienen en su mayoría en el Código Civil.

La estructura del capítulo II del título I del libro IV de la LEC toma como referencia el proceso para obtener la declaración de incapacitación, al que se apostillan las especialidades propias del proceso para la declaración de prodigalidad. De los preceptos del capítulo, los arts. 761 y 763 se encargan, respectivamente, de los procesos en los que se pide la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación, por una parte, y la autorización o ratificación del internamiento en establecimiento adecuado del afectado por un trastorno psíquico.

1. Tribunal competente

14. El art. 756 LEC atribuye la competencia objetiva en los procesos sobre capacidad de las personas, por razón de la materia, a los Jueces de Primera Instancia, órganos de primera instancia por excelencia en la jurisdicción civil, y la territorial, al Juez de Primera Instancia del lugar en que resida «la persona a la que se refiera la declaración que se solicite»: esta redacción sustituye la del derogado art. 63.1.^a LEC de 1881, que encomendaba la competencia territorial en los procesos sobre estado civil al

Juez «del domicilio del demandado». El fuero pretende evidentemente que el órgano competente sea el Juez natural del sujeto pasivo del proceso sobre capacidad, toda vez que ello facilita y favorece la defensa de sus derechos en el proceso. Sin embargo, la fórmula de la nueva LEC es mejor que la empleada por la anterior, habida cuenta de que la vieja Ley de 1881 no caía en la cuenta de que no siempre aquel de quien se pretende la incapacitación es el demandado, lo que podía llevar al absurdo de que —por ejemplo, en un proceso sobre reintegración de la capacidad instado por el propio incapaz— el competente fuera un Juez distinto al de su domicilio, siempre y cuando ninguno de los potenciales demandados tuviera su domicilio en el mismo lugar que el incapaz. Es positiva también, en nuestra opinión, la sustitución del fuero del domicilio por el de la residencia de la persona a que se refiera la demanda: de acuerdo con lo establecido en el art. 40 del Código Civil, la voz *residencia* es más comprensiva que la de *domicilio* (*vid.* también, a este respecto, el art. 155 LEC, sobre domicilio a efectos de notificación de la demanda al demandado). Y es mucho más flexible, puesto que se adecua mejor a la situación real del presunto incapaz y evita situaciones no deseables en aquellos supuestos en que reside en lugar diferente del de su domicilio legal (si por tal se tiene, por ejemplo, el lugar en el que está empadronado o, sin ir más lejos, el que se indica en el directorio del colegio profesional al que pertenece): la regla favorece, pues, el reconocimiento de competencia territorial al Juez del lugar en el que se encuentre *de facto* la persona a la que se refiere el proceso, con preferencia a aquel en el que esté su residencia habitual oficial o legal. Dado que por residencia se entiende el lugar en donde el afectado pasa la mayor parte del tiempo y lo pasará e el futuro, este fuero permite que los exámenes facultativos que deban efectuársele se practiquen por el Juez natural y no por vía de exhorto, solución también más beneficiosa para el supuesto incapaz y para la agilización del procedimiento⁴⁰.

Lo dispuesto en el art. 756 LEC se cohonesta con la regla contenida en el número 5 del art. 52 LEC, según el cual, en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el Tribunal del lugar en que estos residen. Es evidente que los asuntos a que se refieren uno y otro artículo no son los mismos: en el caso del art. 52.5 LEC no tienen cabida todos los asuntos a que se refiere el art. 756 LEC; y la redacción de este último permite integrar en su seno las tutelas enumeradas en el art. 52.5 LEC sólo por medio de su interpretación extensiva, dado que las pretensiones sobre la constitución de la tutela o de la curatela pueden ser objeto accesorio de los procesos sobre capacidad y prodigalidad. Es

⁴⁰ SANCHO GARGALLO, *op. cit.*, p. 3428.

patente que la Ley se refiere en el art. 52.5 LEC, no a todos los procesos admisibles en materia de capacidad o de declaración de la prodigalidad, sino sólo a aquellos cuyo objeto son las acciones relativas a la «asistencia» o «representación» de los afectados, es decir, a los procesos sobre declaración, extensión, límites y modificación de la tutela y la curatela, pero no en los procesos en que se pida la declaración o la revocación del estado de incapacitación o de prodigalidad. Aun tratándose de casos diferentes, la cuestión no plantea apenas problemas de interpretación, dado que coinciden en uno y otro caso el fuero (el lugar de residencia del afectado): sólo puede objetarse que su regulación (o en el art. 52 o en el 756, ambos de la LEC) no sea más sistemática.

Nada se dice en la LEC sobre si el fuero de competencia territorial en los procesos sobre capacidad y declaración de prodigalidad es disponible o no. La inexistencia de expresa previsión a dicho respecto debería en principio conducir a la respuesta afirmativa, por aplicación de las reglas generales sobre carácter de los fueros de competencia territorial, según las cuales «las reglas atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los Tribunales de una determinada circunscripción» (art. 54 LEC); sólo se reconoce carácter no disponible a estas reglas en los casos expresamente previstos por la Ley, cosa que no ocurriría, de acuerdo con esta primera tesis, en el que nos ocupa, por mucho que la idea pugne con la naturaleza de los intereses en juego en el proceso. No obstante, la solución adecuada debe ser contraria al carácter disponible del fuero del art. 756 LEC. A esa conclusión se llega por aplicación de lo dispuesto por el inciso último del mismo art. 54.1 LEC, en relación con el art. 753 LEC: en efecto, el inciso final del art. 54.1 LEC se refiere al carácter de las normas de competencia territorial en el juicio verbal cuando dispone que no será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por dicho cauce. Dicho de otro modo, en el caso de los juicios verbales la regla se invierte, de suerte que sólo cabrá la aplicación del fuero convencional de autorizarlo expresamente la Ley. Aplicando este criterio general al caso que nos ocupa, es preciso partir del hecho, ya abordado, de que las tutelas a que se refiere el título I del libro IV de la LEC —siendo, como antes se ha dicho, procesos especiales— se caracterizan por el hecho de sustanciarse «por los trámites del juicio verbal», de conformidad con el art. 753 LEC, «salvo que expresamente se disponga otra cosa».

Eso es precisamente lo que ocurre en este supuesto, en el que nos encontramos ante un caso de proceso especial que se tramita por el cauce del proceso ordinario, con especialidades: efectivamente, al no existir en el art. 756 LEC norma especial que expresamente autorice la sumisión de las partes a un fuero de competencia territorial diferente al allí esta-

blecido, y por aplicación del inciso último del art. 54.1 LEC en concordancia con el art. 753 del mismo cuerpo legal, se concluye la inviabilidad en este tipo de procedimientos de la sumisión expresa o tácita de las partes. Ésa es la solución, a nuestro juicio, más adecuada, que evita la entrada en juego en este campo de una figura que entendemos extravagante, cual sería la aceptación de pactos de sumisión expresa en esta materia (los cuales, en el caso de proceso sobre reintegración de la capacidad, sólo serían posibles a través de quien ostenta la representación legal del afectado); igualmente cabe decir de la sumisión tácita, aunque podría tener un juego favorable, desde el punto de vista de los intereses del presunto incapaz. El establecimiento de un fuero indisponible es, por otra parte, preferible, en concordancia con la naturaleza jurídico-pública de los intereses presentes en el proceso, interés público que prima sobre el de que se determine cuanto antes el fuero competente para conocer del proceso sobre capacidad o prodigalidad, con vistas a la protección más rápida de los intereses personales y patrimoniales del afectado. Al no ser disponible, cabe control de oficio por el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, de acuerdo con el art. 58 LEC.

Sólo nos cabe la duda del carácter del fuero de competencia territorial aplicable en el caso del proceso para la autorización o ratificación del internamiento del afectado por trastorno psíquico: como *infra* se verá, al no tramitarse subsidiariamente por los cauces del juicio verbal (pues el precepto establece, aun esquemáticamente, una tramitación propia), no cabe aplicar a la competencia territorial en este tipo de procesos lo dispuesto en el art. 54.1 LEC para los juicios verbales, lo que conduce a entender el fuero, en tales casos, disponible, por mucho que el interés que se defienda en ese tipo de procesos sea jurídico-público.

Siendo, en fin, nuestra conclusión —con la anterior salvedad— contraria al carácter disponible del fuero, no se puede ocultar que la solución no concuerda con el fuero alternativo de competencia internacional que, también referente a los asuntos sobre estado civil de las personas, contiene el art. 22.3 LOPJ, cuya aplicación es derogable en caso de sumisión expresa o tácita, dándose la paradoja de que, siendo disponible el fuero relativo al requisito de mayor importancia (pues afecta a los límites territoriales de la jurisdicción de los Tribunales españoles), no lo sea el que se refiere al requisito de menor entidad⁴¹.

⁴¹ El tenor del art. 22.3 LOPJ es: «Los Tribunales españoles serán competentes: 3. En defecto de los criterios precedentes», entre los que se encuentran los fueros convencionales, «... en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando éstos tuviesen su residencia habitual en España». En este mismo sentido, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 419. A esta materia no le es, por cierto, aplicable el Reglamento 44/2001, de 24 de diciembre de 2000, sobre competencia

2. Especialidades procedimentales: características básicas del procedimiento, pretensiones accesorias, legitimación, personación del presunto incapaz, prueba y sentencia

15. En cuanto al procedimiento, la LEC mantiene su carácter contencioso, con respeto a la contradicción formal de las partes, en los términos ya establecidos con anterioridad desde la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela. Es una cuestión de opción legislativa, dado que, en realidad, no cabe hablar de litigio entre particulares en este tipo de procesos, sino con palmaria frecuencia tan sólo de la voluntad de proteger la persona y el patrimonio del presunto incapaz. No habiendo intereses contrapuestos, no es pertinente hablar de partes en sentido material, sino tan sólo en sentido formal. La cuestión podría elucidarse a través de expediente de jurisdicción voluntaria, pero el legislador quiere mantener la decisión de las cuestiones que afectan a la capacidad de las personas dentro de los cauces de la jurisdicción contenciosa, como garantía de la mejor defensa de los intereses que se discuten⁴². No siempre ha sido así, como *supra* se ha señalado⁴³.

16. La demanda que solicite la incapacitación se debe fundar en las causas de incapacitación previstas en el art. 200 del Código Civil, esto es, en la concurrencia de «enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma»: de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe tratarse de una deficiencia constante y persistente que impide al afectado gobernarse en sus intereses personales y patrimoniales, lo que aleja del ámbito del proceso los trastornos transitorios, aunque es posible la adopción de medidas de protección en su fase aguda⁴⁴. Accesoriamente puede pedir el nombramiento de representante legal (tutor): se deduce así de lo establecido por el art. 759.2 LEC. Esta medida contribuye a la agilización del procedimiento, pues evita que el nombramiento de la persona que había de velar o de representar al incapaz se produzca con posterioridad a la sentencia, en expediente de jurisdicción voluntaria. En la derogada regulación del Código Civil, la sentencia de incapacitación debía determinar el régimen de tutela o guarda a que hubiera de quedar sometido el incapacitado

judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de conformidad con su art. 1.2.

⁴² Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 418.

⁴³ *Vid.*, a este respecto, el interesante resumen que sobre la cuestión hace GARCÍA-LUBÉN BARTHE, *op. cit.*, pp. 25-27.

⁴⁴ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 19 de mayo de 1998, 31 de diciembre de 1991 y 20 de mayo de 1994, entre otras muchas. *Vid.* también CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 764.

(art. 210 del Código Civil), en términos muy parecidos a los que establece el art. 760 LEC, pero nada se decía de la posibilidad de designar, en la propia sentencia, a la persona del tutor, lo que difería su designación a un trámite posterior al proceso. La novedad del art. 759.2 LEC, sin equivalente en el Código Civil tras su reforma por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, permite aprovechar la pendencia del proceso de incapacitación para absolver este trámite. Bien es cierto que, con arreglo al régimen legal derogado, y por aplicación del art. 209 del Código Civil, si era posible la designación cautelar del tutor, siempre que se estimase necesario para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, previsión análoga a la que establece el art. 762.1 LEC, situación que podía mantenerse provisionalmente hasta la definitiva designación del tutor. No cabe decir lo mismo en lo que se refiere a la designación del curador, en caso de proceso sobre declaración de prodigalidad: en este supuesto, nada dice la LEC sobre la posibilidad de solicitar accesoriamente el nombramiento de curador, ni tampoco de decidir la cuestión en la sentencia que estime la declaración de prodigalidad (arts. 759.2 y 760 LEC, *sensu contrario*), ni tampoco se refiere la Ley a la posibilidad de una designación cautelar de curador, en términos análogos a lo que acontece con el tutor.

17. La legitimación activa en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad se regula en el art. 757 LEC, que es una síntesis de lo preceptuado en los derogados arts. 202, 203, 204 y 205 CC (para el caso de la declaración de incapacitación) y 294 CC (para el caso de la de prodigalidad), si bien la legitimación de los ascendientes y hermanos del presunto incapaz ya no es subsidiaria como en el derogado art. 202 CC⁴⁵. De acuerdo con lo expuesto, la LEC reconoce legitimación activa para promover la incapacitación al cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz, y, como novedad, en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE, 19 de noviembre), que ha dado una nueva redacción al párrafo 1 del art. 757 LEC, también se reconoce legitimación activa en el procedimiento de incapacitación al supuesto incapaz (algo que ya se intentó infructuosamente durante el trámite parlamentario de la LEC, así como durante el de la Ley 13/1983). Esta última disposición, en nuestra opinión razonable y oportuna, justificaría una nueva redacción del art. 761.2 LEC, relativo a la legitimación para instar la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación, pues, según la dicción

⁴⁵ Así lo entiende también APARICIO AUÑÓN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 3985.

legal, «corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior a las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y *al propio incapacitado*»: es evidente que, incluido el incapacitado en el art. 757.1 LEC, carece de sentido, por superflua, su expresa mención en el final del apartado.

Se sigue distinguiendo la legitimación activa para pedir la incapacitación (§§ 1 y 2 del art. 757) del derecho/deber de denuncia ante el Ministerio Fiscal cuando se sospeche o se conozca la concurrencia de una causa de incapacitación. «Cualquier persona», dice el art. 757.3 LEC, «está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pueden ser determinantes de la incapacitación»: es evidente que, en el caso de particulares, nos encontramos ante una facultad que les habilita, en el caso de los legitimados activamente por la Ley, a demandar o a poner en conocimiento de la autoridad el hecho de la presunta incapacidad. Es, pues, una facultad genérica de cualquier ciudadano [§ 3.i.l)], que se convierte en deber específico en el caso de ciertas autoridades y funcionarios [§ 3.i.f), en relación con el art. 762.1 LEC, inciso final]. Existe un supuesto en que la legitimación activa de un particular se concibe como deber y no como facultad, en el caso de la tutela: cuando la persona que conoce el hecho causal es cualquiera de los familiares llamados a la tutela o bajo cuya custodia se encuentre el presunto incapaz, pues, de conformidad con el art. 229 del Código Civil, de no haber denuncia, el Código les considera responsables civiles de los daños y perjuicios que se deriven de la falta de constitución de la tutela⁴⁶. Este precepto se cohonestaba con el art. 757.3 LEC, que restringe la legitimación activa para incoar el proceso de incapacitación de un menor a quienes ostenten su tutela o patria potestad.

El Ministerio Fiscal también está legitimado en los procesos de incapacitación, en todo caso, y en general, siempre que estén en juego los intereses de un menor, ausente o incapacitado (art. 749.2 LEC). La legitimación activa es subsidiaria con respecto a las demás partes a que se refiere el art. 757.1 LEC, lo cual significa que sólo puede incoar el procedimiento si antes no lo ha hecho ninguna de las personas que se indican en ese párrafo, incluyendo al propio afectado⁴⁷.

En cuanto a la legitimación pasiva, nada dice la Ley, a no ser la necesidad de que se demande al presunto incapaz o pródigo, salvo que sea aquél el promotor del proceso. El hecho de que se reconozca legitimación activa a las personas indicadas en el art. 757 LEC no implica la necesidad

⁴⁶ Así lo entiende ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, p. 639.

⁴⁷ Ésa es la razón por la cual, en opinión de algún autor, es preciso que, antes de demandar, ofrezca las acciones a los otros legalmente legitimados para, en caso negativo, constituirse en demandante. BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1277.

de atribuirles legitimación pasiva a aquellas que no hubieran promovido el proceso, salvo al Ministerio Fiscal, si no fue él quien promovió el proceso. De ser el caso, los legitimados activamente que no interpusieron la demanda de incapacitación no deben ser parte, aunque sí pueden ser llamados a declarar como testigos en el proceso.

La declaración de prodigalidad sólo puede ser promovida, por su parte, por el cónyuge y por los familiares que se encuentren en línea recta con el afectado, siempre que perciban alimentos del cónyuge o estén en condiciones de reclamárselos; y, en defecto de ellos o de sus representantes, por el Ministerio Fiscal, de conformidad con el art. 757.5 LEC, precepto que traslada a la LEC lo previsto por el derogado art. 294 del Código Civil. La legitimación activa para solicitar la declaración de prodigalidad no puede ser entendida sin considerar el cambio de perspectiva que la institución sufrió en nuestro ordenamiento con las reformas del Código Civil de los años ochenta. En efecto, la prodigalidad dejó de ser una institución dirigida a proteger los intereses de los sucesores del supuesto pródigo, en evitación de la dilapidación de su patrimonio, para conformarse como expediente legal ordenado a la protección de los intereses de quienes tienen legalmente derecho a percibir alimentos de él: ésa es la razón por la que se restringe la legitimación activa en los términos expuestos⁴⁸. Con todo, podía haberse incluido en la relación del art. 757.5 LEC a otras personas con interés en que el patrimonio del presunto pródigo no se dilapide: es el caso de sus hermanos, necesitados o no, ascendientes o descendientes no necesitados, los obligados a alimentar al pródigo, antes de que se produzcan los actos causales⁴⁹.

18. En conformidad con los derogados arts. 207 y 296 del Código Civil, el presunto incapaz o la persona cuya prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. El Ministerio Fiscal puede ejercer las tareas de defensa del incapaz o del presunto pródigo, si éstos no compareciesen o lo hicieran sin su propia defensa o representación (designada por ellos o por quienes ostentasen su tutela), esto es, con carácter subsidiario, según lo preceptuado en su art. 758 LEC. Si el promotor del proceso fuese el Ministerio Fiscal, entonces las funciones de representación y defensa se encomendarían al defensor judicial, que se designará de acuerdo con los términos del art. 299 del Código Civil (es decir, en expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a instancia de parte por el Juez), si no estuviera ya designado. La intervención del defensor judicial en estos casos se limita a este supuesto, salvo que se den los previstos en el art. 299 del Código Civil: que en algún asunto exista

⁴⁸ SANCHO GARGALLO, *op. cit.*, p. 3434.

⁴⁹ APARICIO AUÑÓN, *op. cit.*, p. 3992.

conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador (en el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado); y en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo (*vid.* también el art. 249 del Código Civil).

19. También se establecen especialidades en materia de prueba: la prueba en los procesos de incapacitación es una cuestión de orden público, cuya ausencia puede viciar la resolución final del proceso⁵⁰, por lo cual, en lo que se refiere a los medios de prueba que enumera el art. 759.1 LEC, tiene carácter preceptivo y no facultativo: son, pues, «pruebas legales en la práctica, pero libres en la valoración»⁵¹.

El primero de dichos medios en el caso del proceso de incapacitación (no en el de prodigalidad) es la audiencia por parte del Tribunal a los parientes más próximos del presunto incapaz: el problema estriba en determinar a qué parientes se considera próximos del afectado; en principio, la proximidad puede predicarse de aquellos a los que la Ley reconoce legitimación activa para promover el proceso de incapacitación, aunque existe quien cree que la proximidad da cierta discrecionalidad al Juez, quien podrá considerar las circunstancias concretas del caso, si bien siempre deberán ser llamados los que convivan con el presunto incapaz⁵².

20. También debe examinar el Juez al presunto incapaz por sí mismo y oír el dictamen de un facultativo⁵³. El deber de audiencia implica también un deber de comparecencia de estas personas, lo que plantea el problema de qué consecuencias se han de derivar de la no observancia por éstas de su llamamiento al proceso: entendemos que no se puede exigir de la autoridad judicial que la audiencia sea efectiva, ni condicionar la terminación del proceso de la conducta de los parientes, de suerte que por la

⁵⁰ CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 769. También HUERTAS MARTÍN, *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Aspectos procesales y sustantivos*, Granada, 2002, pp. 118 y ss., y GARCÍA-LUBÉN BARTHE, *op. cit.*, p. 140. *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de diciembre de 1995 y 14 de febrero de 1996, y Auto de 4 de abril de 2000, entre otras resoluciones.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de junio de 1989.

⁵² Por ejemplo, APARICIO AUNÓN, *op. cit.*, p. 759. Se ha dicho también que no deben ser llamados en este trámite los parientes demandantes, toda vez que ya han tenido ocasión de formular alegaciones en la demanda (LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código Civil*, vol. IV, Edersa). No compartimos dicha opinión, que a nuestro entender confunde lo que es un acto alegatorio de parte con la práctica de un medio probatorio.

⁵³ Estas pruebas son de difícil conceptualización como prueba testifical, pericial o de reconocimiento judicial, a juicio de DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 424.

mera incomparecencia de uno de ellos quede en suspenso la decisión judicial; por esa razón, consideramos que la disposición legal se garantiza con el hecho de que el Tribunal haga todo lo que esté en su mano para que los parientes acudan a declarar, sin perjuicio de que éstos realmente comparezcan o no y con independencia de las responsabilidades que, para éstos, la no comparecencia pueda deparar. Basta, pues, a nuestro entender, con que se dé la oportunidad a los parientes más cercanos para declarar, aunque, por causa no imputable a la autoridad judicial, éstos no comparezcan⁵⁴. Además de estas pruebas, se pueden practicar las que se estimen pertinentes al amparo del art. 752 LEC, esto es, las pedidas por el Ministerio Fiscal u ordenadas de oficio por el Juez. Este precepto es copia del art. 208 CC, aunque, como novedad, se previene el deber de practicar estas pruebas de nuevo en segunda instancia, si la sentencia fuese apelada (art. 759.3 LEC): es evidente que esta simple disposición aproxima al recurso de apelación en los procesos de incapacitación, más a la naturaleza de un nuevo proceso a celebrar ante la Audiencia que a la de una segunda instancia, en la que se decida, por segunda vez, conforme a lo alegado y probado en la primera.

21. En cuanto a la sentencia, el art. 760 LEC incorpora las normas hasta su promulgación contenidas en los arts. 210 y 298 del Código Civil. De acuerdo con ellas, la sentencia deberá pronunciarse sobre la declaración de incapacitación y de prodigalidad, respectivamente. En el primer caso, determinará la extensión y los límites de la declaración de incapacitación, así como el régimen de tutela y guarda a que haya de quedar sometido el incapaz; en el segundo, los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador. En virtud del principio de oficialidad, el Juez no tiene la vinculación, ni en cuanto a los hechos ni en cuanto a las pretensiones ejercitadas, que en los procesos civiles brinda, por regla, el principio dispositivo. Eso significa que, dentro de los límites de la naturaleza del proceso, el Juez goza de gran amplitud para determinar el contenido y efectos de la sentencia de incapacitación, al margen de lo que soliciten o no las partes personadas.

Tal vez lo más significativo es, como se ha indicado ya, el hecho de la tramitación conjunta de las pretensiones de incapacitación y la desig-

⁵⁴ La cuestión no es baladí, pues en determinados casos la Sala Primera del Tribunal Supremo ha casado la sentencia de incapacitación, incluso de oficio, por no haberse tomado declaración a ninguno de los parientes a que se refería el antiguo art. 208 LEC de 1881 (equivalente al actual art. 759 LEC). *Vid.* la Sentencia de 4 de marzo de 2000, como también las de 20 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 1996. En esos casos, el Alto Tribunal mandó reponer las actuaciones al momento en que, en la primera instancia, se dio por terminado el período probatorio, debiendo el Juez oír personalmente a los parientes más próximos del presunto incapaz y seguidamente dictar la sentencia procedente en Derecho.

nación del tutor o guardador del afectado por la sentencia, acogiendo la recomendación del informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LEC. Hasta la vigente LEC, esta segunda cuestión debía ser resuelta con posterioridad al proceso de incapacitación, una vez firme la sentencia, y a través del conveniente expediente de jurisdicción voluntaria, que se incoará para ejecutar la sentencia (*vid.* Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998 y de 31 de enero de 2003)⁵⁵. Evidentemente, el pronunciamiento no tiene por qué limitarse a designar la persona del tutor, sino que puede también otorgar el cargo tutelar a la persona nombrada, para evitar más trámites⁵⁶. Se trata, a estos efectos también, de una sentencia constitutiva, que modifica el *status libertatis* del afectado⁵⁷.

El párrafo 3 del art. 760 LEC establece el contenido de la sentencia que declara la prodigalidad. Según la dicción legal, la sentencia «determinará los actos que el pródigo puede realizar sin el consentimiento de la persona que debe asistirle» (o sea, del curador). La fórmula es tal vez excesivamente extensa, lo que da grandes facultades al Juez a la hora de determinar el alcance de la sentencia, en términos muy similares a los del derogado art. 2.398 del Código Civil⁵⁸.

Como se ha expuesto y de conformidad con el art. 222.3 LEC, la sentencia tiene una eficacia *erga omnes* desde su inscripción en el Registro Civil y, según los casos, Mercantil y de la Propiedad.

3. Medidas cautelares: carácter de las medidas; procedimiento; momento de la solicitud; duración y modificación de las medidas

22. Los arts. 762 y 763 LEC se refieren a las medidas cautelares que se pueden adoptar en los procesos de incapacitación (no así, sin embargo, en los de declaración de la prodigalidad, en los que entendemos aplicable el régimen general sobre medidas cautelares que establece la LEC). Como

⁵⁵ También la Sentencia de 22 de julio de 1993, aunque ésta mantuvo el nombramiento del tutor por razones de economía procesal.

⁵⁶ Así, RAMOS CHAPARRO, «Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (glosa general)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2001, marginal 357.

⁵⁷ A favor de esta tesis, mayoritariamente, ORTELLS RAMOS, «El proceso sobre la capacidad de las personas: notas para su estudio», en *La Ley*, II, 1986, p. 1058, y *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 735; MORENO CATENA, *Derecho Procesal*, t. I, vol. 2, p. 195; FERNÁNDEZ LÓPEZ (con DE LA OLIVA), *Derecho Procesal Civil*, vol. IV, 1995, p. 218; GARBERÍ LLOBREGAT (con TORRES, DURO y CASERO), *Los procesos civiles*, vol. 5, Barcelona, p. 580; CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación*, Madrid, 1998, p. 325.

⁵⁸ OSORIO SERRANO, *La prodigalidad*, Madrid, Montecorvo, 1987, p. 161.

primera consideración, es preciso hacer hincapié en que su conceptualización como *cautelares*, en sentido técnico procesal, es claramente discutible: en pureza y de acuerdo con la dogmática tradicional, sólo es cautelar la tutela instrumental con la que se pretende asegurar el buen fin de una futura ejecución forzosa, por lo que, tratándose de acciones constitutivas como las de incapacitación, no susceptibles de ulterior realización por vía ejecutiva —por ser automáticamente eficaces (con la salvedad de las inscripciones registrales oportunas que sean consecuencia de la sentencia estimatoria de la pretensión, que se integran en la denominada «ejecución impropia»—, no hay ulterior proceso de ejecución de lo que se refiere a la pretensión principal, cuyo resultado satisfactorio deba ser asegurado por vía cautelar. Es cierto, no obstante, que la amplitud de facultades que se otorgan al Juez en el art. 762 LEC para ordenar las medidas que estime pertinentes (análogas a las que, en idéntico sentido, ofrecía el derogado art. 203 del Código Civil) permiten la adopción de medidas cautelares en sentido estricto, para asegurar los actos de ejecución de las eventuales pretensiones de condena accesorias a la tutela principal constitutiva de incapacitación que se hubieren dirimido en el seno del proceso de incapacitación. Por contra, los actos destinados a la protección del presunto incapaz o a la de su patrimonio aparecen más como tutelas anticipadas —destinadas a adelantar en el tiempo los efectos de una sentencia que declare la incapacitación o a asegurar la situación y derechos del presunto incapaz— que como tutelas cautelares, dirigidos a asegurar una inexistente e innecesaria ejecución forzosa⁵⁹. Las medidas pueden ser, desde el punto de vista de su contenido, personales o patrimoniales, según se quiera asegurar la conservación del patrimonio del incapaz o de su persona.

23. La adopción de las medidas cautelares no se produce en la LEC de manera automática, sino que requiere de previo incidente, como no puede ser de otro modo cuando de la aplicación jurisdiccional de normas se trata. Una de las novedades de la LEC con respecto al régimen legal anterior es la regulación de un procedimiento cautelar común, en los arts. 729 y siguientes LEC, con lo que se suplen las incertidumbres generadas a este respecto por la regulación derogada del Código Civil. La cuestión del procedimiento a seguir en sede de la solicitud de medidas dentro

⁵⁹ A este respecto, CABRERA MERCADO niega que nos encontremos las más de las veces ante genuinas medidas cautelares, sobre la base de que el motivo que lleva al Tribunal a acordar estas medidas precautorias «es la situación de amenaza y desvalimiento, *hodie et nunc*, del demandado, de paso que con ello asegura el futuro» (*op. cit.*, p. 188). Es evidente que, tratándose de tutelas anticipadas, sólo colateralmente se cumple el fin de instrumentalidad de una futura efectividad de la sentencia que caracteriza a las medidas cautelares, según los autores: SERRA DOMÍNGUEZ (con RAMOS MÉNDEZ), *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974, p. 16; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. V, Madrid, 2000, pp. 99 y 100.

del proceso de incapacitación no era fácil de resolver en la regulación anterior, puesto que la disposición adicional primera LEC entendía aplicables a estos procesos y a los de declaración de la prodigalidad las normas del juicio de menor cuantía, y a «los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil» las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria. A todas luces, la solución dependía de la calificación que se diera al procedimiento de adopción de las medidas cautelares, si de proceso independiente o incidental del proceso de incapacitación: la primera solución conducía a la aplicación del juicio de menor cuantía y la segunda, a la del incidental, existiendo opiniones favorables a una u otra posición, aunque mayoritariamente decantadas por la última⁶⁰. No eran éstas, empero, las únicas posiciones posibles: también podría defenderse la aplicación del procedimiento establecido en el art. 1.428 de la derogada LEC de 1881 para las medidas cautelares inominadas⁶¹ o, incluso, el procedimiento incidental común de los arts. 741 y siguientes LEC de 1881.

Dado que, como decimos, la nueva LEC contiene una regulación general de las medidas cautelares, la primera cuestión a resolver es si el procedimiento que en ella se contiene es subsidiariamente aplicable a la materia que nos ocupa, dada la parquedad de las normas específicas sobre el procedimiento de incapacitación en lo que se refiere a la adopción y práctica de las medidas cautelares. A nuestro entender, la cuestión debe responderse en sentido afirmativo, por aplicación de los criterios tradicionales sobre preferencia en la aplicación de normas, con lo que la polémica expuesta queda definitivamente zanjada: que la LEC sólo se remita a los artículos citados nunca debe ser interpretado en el sentido de que no sean de aplicación las demás normas comunes referentes a las medidas cautelares; así lo demuestra, además, el hecho de que, por ejemplo, el art. 721, dentro de las disposiciones generales en materia de medidas cautelares, se refiera, en su párrafo 2, a la adopción de oficio de las medidas reguladas en el título IV del libro III a los procesos especiales: muestra de que la norma general sí se contempla como aplicable al específico caso de los procesos sobre capacidad. El procedimiento a seguir para adoptar la medida es, en definitiva, el general, pero, no obstante, deberá respetar las especialidades derivadas de la propia naturaleza no disponible de la pretensión principal: así, por ejemplo, cabe la adopción de oficio de la medida por el Juez y por el Ministerio Fiscal, incluso con anterioridad al inicio del proceso, siem-

⁶⁰ Vid. ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, p. 1055, y RODRÍGUEZ ALIQUÉ, «Algunas observaciones respecto del proceso de incapacitación previsto en el art. 484 de la LEC», en *Revista de Derecho Procesal*, II, 1985, p. 413, entre otros.

⁶¹ Como defendió MORENO CATENA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, p. 821.

pre y cuando se tenga noticia de la concurrencia de una posible causa de incapacitación, e, iniciado éste, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación, de conformidad con lo que dispone el art. 762.2 LEC, inciso final.

Por otra parte, existe en el párrafo 3 de este último artículo expresa remisión, en cuanto al procedimiento cautelar, a los arts. 734, 735 y 736 LEC, aplicables para la tramitación de la previa audiencia a los afectados por la medida solicitada, antes de su adopción. De acuerdo con esos preceptos, una vez recibida la solicitud de la medida, el Tribunal emplazará a las partes a una comparecencia —que se celebrará en los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes en la agenda ordinaria del Juzgado, cuando así lo exija la naturaleza de la medida—, en la que se podrán exponer lo que convenga al derecho de cada uno y se practicarán las pruebas de que dispongan, si se hubieran admitido (también cabe el reconocimiento judicial, si fuera necesario, que se realizará en su caso en el plazo de cinco días). Contra las resoluciones que se adopten en ese acto sólo cabe recurso, previa oportuna protesta en la vista, en la apelación contra el auto que resuelva sobre las medidas, medida con la que se pretende favorecer el avance del incidente a través de la acumulación de todas las posibles impugnaciones contra decisiones del Juez en el seno de la comparecencia. El Juez decide por resolución motivada con forma de auto sobre la procedencia de las medidas, determinando, en su caso, la medida o medidas que se acuerdan y la forma, cuantía y tiempo de la caución que debe prestar el solicitante; con el auto cabe apelación ante la Audiencia Provincial, sin efectos suspensivos en caso de ser estimatorio de la solicitud.

Además de las normas que se contienen en los citados arts. 734, 735 y 736 LEC, se debe observar también el resto de las disposiciones comunes sobre medidas cautelares al ámbito del proceso especial de incapacitación, en especial en lo que afecta a la concurrencia de sus presupuestos materiales y procesales, al momento y forma de la solicitud y documentación que la acompaña, incidente de oposición a la medida y modificación y alzamiento de la misma. De acuerdo con ello, es preciso justificar, al solicitar la medida, que concurren los presupuestos generales y particulares que la motivan, en concreto en lo relativo a la necesidad de la medida, ante el riesgo de frustración del fin tuitivo del proceso (*periculum in mora*), y a la existencia de un fundamento probable de la pretensión (*fumus boni iuris*), cuestiones que se regulan en el art. 728.1 y 2 LEC. También es de aplicación la exigencia general para toda medida cautelar de la prestación de caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar⁶² en aquellos casos

⁶² En contra, BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1285, en virtud del interés público presente en la medida; a favor, CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 774.

en que no se inste de oficio ni por el Ministerio Fiscal: no hay razones en la Ley para no entender aplicable este requisito, máxime cuando el párrafo 3 del art. 728 LEC lo establece genéricamente de forma imperativa, «salvo que expresamente se disponga otra cosa» (cosa que, por cierto, no ocurre en los preceptos que regulan específicamente el proceso sobre capacidad de las personas); ello no empece a que el Tribunal, de forma prudencial, atienda a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la pretensión antes de fijar el importe de dicha garantía.

24. Por lo que se refiere al momento de solicitud, ya hemos señalado que el art. 762 LEC autoriza la adopción de la medida en el momento de presentar la demanda, pero también con anterioridad, «cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de la posible causa de incapacitación en una persona», con el fin de proveer lo necesario «para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio». Esas medidas anticipadas puede solicitarlas, de inmediato también, el Ministerio Fiscal (art. 762.2 LEC) y las demás partes legitimadas (por aplicación de la regla general del art. 730.2 LEC)⁶³, si se alegan y acreditan razones de urgencia y necesidad, se entiende —de conformidad con lo dispuesto en el art. 723 LEC, en relación con el art. 756 del mismo cuerpo legal— que del Juez de Primera Instancia de la residencia del afectado por la medida, en su condición de órgano competente para conocer de la demanda principal, en su caso: si el Juez se considerase territorialmente incompetente, ello no le impide ordenar a prevención las medidas cautelares que resulten más urgentes, si lo aconsejan las circunstancias del caso (art. 725.2 LEC).

La adopción anticipada a iniciativa del Juez tiene sentido desde el punto de vista de los intereses del presunto incapaz, dado que el juzgador carece de la potestad de incoación de oficio del procedimiento, con lo que la mera adopción anticipada de la medida no otorgaría al presunto incapaz la plena tutela jurisdiccional que la Ley regula, por lo que la situación de urgente necesidad del presunto incapaz exige una actuación inmediata, incompatible con el tiempo necesario para interponer la demanda⁶⁴; de ahí que, conocido el hecho causal de la incapacitación (y, en su caso, adoptada la medida), deba el Juez ponerlos en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que ejerza las facultades que le corresponden como activamente legitimado. La atribución al propio Ministerio Fiscal o a las demás partes de la potestad para solicitar las cautelares de manera anticipada no merece,

⁶³ En este mismo sentido se ha manifestado HUERTAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 160, añadiendo la posibilidad de su incoación, por vía indirecta, a través de la denuncia al Ministerio Fiscal, para que sea éste quien acuerde la medida sobre la base del art. 762 LEC.

⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999, p. 51.

por nuestra parte, la misma valoración positiva, por mucho que *lege lata* sea posible encontrar fundamento legal a dichas actuaciones: si se da la presunta concurrencia de una causa de incapacitación, amén de la situación de urgencia que justificaría la adopción anticipada de medidas cautelares, lo que procede es, lisa y llanamente, la directa incoación del proceso, solicitando en la propia demanda las medidas procedentes, puesto que, existiendo el hecho causal, ¿qué óbice puede haber para no instar directamente la apertura del proceso y solicitar simultáneamente las medidas de protección oportunas?

Cuestión aparte es, desde luego, la del plazo de vigencia de dichas medidas. Las medidas previas a la demanda sólo encuentran justificación de darse la situación de urgente necesidad, en los términos apuntados. Ahora bien, no se puede desconocer que nos encontramos ante medidas que, pese a su finalidad protectora, suelen implicar restricciones de la libertad del afectado, por lo que parece razonable que, una vez adoptada la medida, se incoe cuanto antes el procedimiento del que son instrumental, lo que debe brindar a una medida de carácter instrumental una adecuada proporcionalidad. ¿Están sujetas a plazo, pues, estas medidas? Nada dice la norma, en la redacción que le da el art. 762.1 LEC. Sí lo decía, por el contrario, el derogado art. 203 del Código Civil, según el cual, adoptada la medida previa, el Ministerio Fiscal debería solicitar del Juez lo que procediese, dentro del plazo de quince días. La redacción del art. 203 del Código Civil no permitía precisar si el plazo lo era para que el Juez pusiera en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho que motivó la adopción de la medida o para que el Ministerio Fiscal solicitase del Juez la incoación del proceso de incapacitación, aunque la solución más probable es la segunda⁶⁵.

Por otro lado, el art. 203 del Código Civil no aclaraba si el plazo de los quince días lo era para el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal⁶⁶ o para la vigencia de la medida cautelar anticipada, aunque todo hacía considerar más viable esta segunda interpretación. La supresión de este plazo en el art. 762.1 LEC no debe conducir a considerar que las medidas previas se deban acordar *sine die*, como es de recibo cuando se trata de medidas restrictivas de derechos, pues más bien conduce a la aplicación subsidiaria de la regla general del art. 730.2 LEC, párrafo 2, según cuyo tenor, «las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días a su adopción». En este caso,

⁶⁵ En este mismo sentido, HUERTAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁶ Algo absurdo, en opinión de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (con otros), *Comentarios a la reforma de la nacionalidad y la tutela*, *op. cit.*, p. 187, dado que la legitimación del Ministerio Fiscal no puede precluir en modo alguno.

el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, alzaré la medida o revocará los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenando en costas al solicitante⁶⁷. Ocurre, sin embargo, que este límite de veinte días está sujeto a ciertas incertidumbres. En primer lugar, la provocada por el hecho de si debe primar el superior interés del afectado por la medida o, por el contrario, la garantía para éste de la instrumentalidad de la medida de un proceso. En segundo lugar, de acuerdo con la dicción del art. 730.2 LEC, parece que la demanda ha de interponerla el Ministerio Fiscal o la parte que instó la adopción de la medida previa: ahora bien, en el caso del Ministerio Fiscal (cuando sea él o el Juez de oficio quienes adoptasen la medida, de acuerdo con el art. 762 LEC), no se puede ocultar que su legitimación activa le está reconocida por la propia Ley (art. 757.2 LEC), de forma subsidiaria, cuando no existieran o no las hubiera solicitado el propio afectado, su cónyuge o sus descendientes, ascendientes o hermanos; en otras palabras, de acuerdo con el sistema legal, puede ser difícil para el Ministerio Fiscal respetar el plazo de los veinte días, pues antes de interponer la demanda debe asegurarse de que no lo ha hecho ninguno de los legitimados de primer grado, a que se refiere el párrafo 1 de art. 757 LEC.

25. Las medidas cautelares previas, por su carácter de urgencia, se acuerdan *inaudita altera pars*, tanto si se adoptan de oficio como si a instancia de parte, de conformidad con la excepción al régimen general (de previa audiencia al demandado) que establece el art. 733.2 LEC, por resolución motivada con forma de auto. En este caso, el auto no es recurrible, pero las partes afectadas podrán plantear las alegaciones que estimen oportunas contra la medida en cuestión planteando un incidente de oposición a la medida o medidas dentro de los veinte días posteriores a la notificación del auto que las acordó, de acuerdo con los arts. 739 a 742 LEC, un incidente que se residencia en el seno de los autos del proceso, si éste fuere finalmente incoado, o autónomamente, si el solicitante de la medida o el Ministerio Fiscal no incoase al fin el proceso⁶⁸. Por su propia naturaleza provisional e instrumental, las medidas cautelares son modificables durante el curso del proceso, si cambiasen las circunstancias existentes al tiempo de su adopción. Para ello, se debe convocar a las partes a una vista en la que pueden alegar y probar cuanto estimen oportuno, de acuerdo con el art. 734 LEC, tras la cual el Juez decidirá lo que proceda por resolución motivada, recurrible en los términos *supra* indicados. La aplicación de este régimen es válida, en nuestra opinión, tanto para el caso de medidas acor-

⁶⁷ Así, APARICIO AUÑÓN, *op. cit.*, p. 4025.

⁶⁸ No comparte nuestra posición, por el contrario, BANACLOCHE PALAO (*op. cit.*, p. 1287), para quien el tenor del art. 762.3 LEC es aplicable tanto a las medidas simultáneas como a las medidas previas.

dadas a instancia de parte como para medidas acordadas de oficio por el Juez, cuya modificación o alzamiento no es posible obtener sin previa audiencia de las partes del proceso.

26. Otra cuestión es la de qué medidas cautelares se pueden adoptar en este tipo de procesos: la Ley no establece un elenco de medidas posibles, a nuestro entender, con buen criterio, en la medida en que con ello se da una mayor flexibilidad al proceso y se permite adecuar la tutela cautelar a las reales circunstancias concurrentes en el caso. Son muchas, en consecuencia, las medidas posibles, desde la designación de un administrador hasta el bloqueo de cuentas, incluso el internamiento del presunto incapaz. Los límites para la adopción de la medida deben ser, por consiguiente, los que resulten de la aplicación de los requisitos generales de las medidas cautelares, es decir, se tiene que tratar de una medida necesaria para asegurar la efectividad de la tutela, conducentes al fin querido, homogéneas con la tutela solicitada y no ser susceptibles de sustitución por otra medida menos gravosa pero igualmente eficaz (*vid.* arts. 721 y 726 LEC)⁶⁹.

4. Referencia especial al internamiento no voluntario del presunto incapaz

27. Merece atención aparte, dentro de la consideración general de las medidas cautelares en los procesos sobre capacidad de las personas, el internamiento del presunto incapaz. La LEC regula esta materia en el art. 763, que ocupa en el ordenamiento el lugar que hasta su entrada en vigor correspondía al art. 211 del Código Civil. El tenor de los dos artículos goza de no pocas semejanzas, aunque es de destacar que la nueva regulación no se limita a transponer sin más el art. 211 del Código, pues contiene novedades de interés.

En primer lugar, debemos señalar que el art. 763 LEC recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 129/1999, que resuelve cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Orihuela (Alicante) con respecto a un proceso de jurisdicción voluntaria en materia de tutela⁷⁰. El juzgado entendió que

⁶⁹ Sobre las posibles medidas concretas pueden consultarse O'CALLAGHAN MUÑOZ, «La incapacidad», p. 10; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Lecciones de Derecho Procesal*, t. IV, *Los procesos de ejecución especiales. El proceso de incapacidad*, Madrid, 1986, p. 152; GETE-ALONSO Y CALER, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985, p. 286, o SANCHO GARGALLO, *Incapacidad y tutela (conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia, 2000, pp. 127 y ss.

⁷⁰ El caso que se planteaba era, en forma resumida, el siguiente: una trabajadora social repara en que la madre de un niño presuntamente en situación de desamparo presenta sín-

la regulación del art. 211 del Código Civil, párrafo 2, estaba en contradicción con lo previsto en los arts. 24.1, 24.2 y 17.1 de la Constitución: en su opinión, el precepto vulneraba el derecho de defensa del afectado, pues posibilitaba una resolución de internamiento sin requerir previa defensa del afectado y sin trámite de oposición al mismo; también se vulneraría el derecho al practicar las pruebas pertinentes, y, por último, el art. 17.1 de la Constitución, pues no existe norma procesal para la sustanciación del procedimiento aprobada, como exige el art. 81.1 constitucional para el desarrollo de los derechos fundamentales, por ley orgánica⁷¹. Efectivamente, de conformidad con la anterior regulación, el Juez, tras examinar al afectado y oír el dictamen de un facultativo, sin más, concedía o denegaba la autorización para el internamiento, poniendo en conocimiento los hechos del Ministerio Fiscal, a efectos de incoar el proceso de incapacitación. El Tribunal Constitucional desestimó por mayoría la cuestión de inconstitucionalidad, pero estableció la interpretación del precepto conforme con los derechos fundamentales.

Con respecto a la cuestión de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 de la Carta Magna, el Tribunal, aplicando la doctrina iniciada por su Sentencia 5/1981, en el sentido de considerar necesario un criterio restrictivo a la hora de interpretar el término desarrollar y la materia objeto de reserva de ley orgánica (para evitar la petrificación del ordenamiento en virtud de un sistema indiscriminado de mayorías cualificadas), considera que la reserva de ley orgánica se aplica al caso del desarrollo directo del derecho fundamental, o a la regulación de los aspectos esenciales del derecho, concluyendo que *desarrollar* no es lo mismo que *afectar*. Partiendo de esa premisa, el Tribunal determina que el párrafo segundo no es, en realidad, la norma de desarrollo directo del derecho (lo era la del párrafo primero del art. 211.1 del Código), sino la norma procesal que regula el proceder del Juez previamente habilitado para privar de libertad: no constituye, pues, desarrollo directo del derecho fundamental y, por tanto, no se vulnera la reserva de ley.

En cuanto a las condiciones procesales para el internamiento del presunto incapaz, el Tribunal Constitucional recoge en esta sentencia las exigencias y garantías que perfiló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

tomas de trastorno psíquico (síndrome esquizofrénico con riesgo de peligrosidad social) y solicita del Juez su internamiento en un establecimiento psiquiátrico para que reciba el adecuado tratamiento; tras practicar distintas diligencias encaminadas a determinar la situación económica, social, sanitaria y familiar de la persona implicada, se emitió dictamen forense que mostraba un cuadro psicótico agudo, con ideación delirante de la afectada, concluyendo la necesidad del internamiento.

⁷¹ Algo ya establecido por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 140/1986 y 104/1990.

en desarrollo e interpretación del art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷², que son las siguientes: *a)* emisión de un dictamen pericial médico objetivo, que demuestre convincentemente ante el Juez la existencia de una perturbación mental real; *b)* que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento, y *c)* acreditación de si la perturbación persiste y, en consecuencia, debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, pues el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. Es evidente, en opinión del Tribunal Constitucional, que las tres condiciones se daban en la regulación del art. 211 del Código Civil, párrafo segundo.

Por lo que a la vulneración del derecho de defensa respecta, entiende el Tribunal Constitucional que la regulación del precepto cuestionado debía completarse con la aplicación subsidiaria al caso de las normas generales sobre los expedientes de jurisdicción voluntaria (arts. 1.811 y siguientes LEC de 1881)⁷³, que otorgaban suficiente cobertura de defensa al afectado. Por ello, entiende el Tribunal, lo previsto en el art. 211 del Código Civil es acorde con la Constitución siempre que se dé trámite de audiencia al afectado, con posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes, así como al Ministerio Fiscal y a cuantas personas estime oportuno el Juez o el promotor del expediente o tenga un interés legítimo; en último término, será preceptivo el informe facultativo.

28. El legislador procesal ha incorporado a la LEC las observaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, yendo más allá⁷⁴. En contraste con el art. 211, el art. 763 LEC aumenta las garantías de la persona afectada (que debe ser oída, puede contar con defensa y representación, puede solicitar que se oiga a las personas que estime necesario y también apelar la sentencia) y regula un proceso contencioso para decidir el asunto, en lugar de mantener la tramitación por los cauces de un expediente de jurisdicción voluntaria. No resuelve, sin embargo, el precepto las dudas de constitucionalidad que planteaba el hecho de no haberse desarrollado la norma que desarrollaba directamente el derecho fundamento a la libertad (del art. 17.1 de la Constitución), esto es, la norma ordinaria que autorizaba al Juez a privar de libertad al posible afectado por un trastorno psíquico. Como se ha visto, el Tribunal no entendió contrario al sistema de jerarquía

⁷² Vid. las Sentencias del TEDH de 24 de octubre de 1979 (caso *Winterwerp*), 5 de noviembre de 1981 (caso *X contra Reino Unido*) y 23 de febrero de 1984 (caso *Luberti*).

⁷³ Estos preceptos son aplicables en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 13/1983, a la que con anterioridad nos hemos referido, de reforma del Código Civil en materia de tutela, y que encomendaba la tramitación de este tipo de asuntos a los cauces previstos para la jurisdicción voluntaria.

⁷⁴ Como sostiene Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 428.

normativa, ni vulnerada la reserva de ley orgánica, por el art. 211 del Código Civil, párrafo 2, pues la norma no era la habilitante del Juez, sino simplemente la que regulaba el procedimiento que el Juez debía seguir. En el art. 763 LEC se reproduce el problema, dado que la norma sustantiva que autoriza al Tribunal a tomar esa decisión, limitando el derecho fundamental a la libertad, es el propio art. 763, en su párrafo 1, en cuya virtud, «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento». Este precepto no resuelve las dudas de constitucionalidad del derogado art. 211.1 (no del párrafo segundo) del Código Civil, hecho que ha motivado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pendiente cuando se escriben estas líneas de ser resuelta⁷⁵.

29. Si, como hemos dicho, el art. 763 LEC ha supuesto una actualización y puesta al día de las garantías que establecía ya el art. 211 del Código Civil, en la redacción que le dio la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor y protección parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorporando las exigencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1999, sí son de apreciar mayores diferencias entre el precepto estudiado y la redacción que al art. 211 del Código Civil le dio, originalmente, la Ley 13/1983, sobre reforma del Código Civil en materia de tutela. Nos interesa detenernos en este punto en las condiciones subjetivas del afectado por la medida que son determinantes de la estimación de la petición de internamiento, y que se insertan en la causa de pedir de la pretensión. En efecto, en la versión de 1983, el art. 211 del Código permitía pedir el internamiento del «presunto incapaz»: es evidente la dicción legal implicaba mayores nexos fácticos entre el proceso de incapacitación y el de internamiento en establecimiento *ad hoc*. Por su parte, el art. 763 LEC —del mismo modo que hacía el propio art. 211 tras la reforma de 1996— exige que la causa del internamiento sea un «trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidir por sí». Esta circunstancia abona la tesis de que nos encontramos ante dos procedimientos autónomos por mucho que en ciertas ocasiones coincidan sus causas de pedir, pues es patente que no todos los hechos determinantes

⁷⁵ Nos referimos a la cuestión de inconstitucionalidad 4542/2001, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de La Coruña (BOE de 11 de octubre de 2001) contra los arts. 763.1.I y II, por vulneración de los arts. 17.1 y 81.1 de la Constitución. En este mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, p. 973, y SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, *op. cit.*, p. 158, entre otros.

de la declaración de incapacidad justifican la estimación de la medida de internamiento (aunque posiblemente sí a la inversa).

El hecho de que los ámbitos objetivos de uno y otro proceso sean diferentes tiene trascendencia práctica en diferentes materias, pero muy especialmente en lo que concierne a las peticiones de internamiento posteriores a la declaración de incapacidad. La cuestión no es baladí, pues existen no pocos casos en que, solicitada la autorización del internamiento no voluntario al amparo del art. 763 LEC (o del art. 211 del Código Civil, en la redacción original dada por la Ley 13/1983), los Juzgados rechazan el internamiento de personas que, aun declaradas incapacitadas, no caen dentro de los presupuestos de aplicación del artículo (es el caso de incapacitaciones fundadas en causas legales diferentes a los trastornos psíquicos, como son, por ejemplo, las enfermedades o trastornos físicos que impedían a la persona gobernarse por sí misma), en los términos del art. 200 del Código Civil, un problema este que se reproduce, además, en los casos urgentes que aún no cuentan con sentencia de incapacitación. La cuestión es sumamente trascendente, desde el punto de vista de la necesidad de internamiento urgente de personas que, aun sin entrar en el supuesto legal del internamiento, no están en condiciones de decidir libremente su internamiento, situación habitual en el caso de personas de edad, pero a ella no da respuesta el actual art. 763 LEC⁷⁶, lo que plantea problemas serios a las personas a cargo de las cuales se encuentran los incapacitados, las cuales no encuentran amparo jurisdiccional ni legal a sus demandas de internamiento. Al mismo tiempo se plantea el problema del procedimiento a seguir en peticiones posteriores a la declaración de incapacidad, a efectos de determinar la aplicabilidad al caso del art. 763 LEC, o por el contrario de los arts. 271 y 273 del Código Civil (que establecen un tratamiento más rápido de la cuestión a través del tutor)⁷⁷, cuestión ciertamente polémica y en la que tal vez la solución más idónea obligue al intérprete a decantarse por el procedimiento más garantista, obviando la circunstancia de la diferencia entre los presupuestos materiales de la autorización judicial al internamiento y del proceso de incapacitación.

30. En cuanto a la naturaleza del procedimiento, la primera cuestión a dilucidar es si nos encontramos ante un proceso independiente o ante

⁷⁶ Sobre esta cuestión nos remitimos al interesante análisis de HUERTAS MARTÍN, *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 174 y ss., y a las obras e informes que en esas páginas se citan.

⁷⁷ Art. 271: «El tutor necesita autorización judicial: 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial». Art. 273: «Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes».

una medida cautelar. Es opinión prácticamente generalizada entre los autores que se trata de un proceso autónomo, dado que los internamientos no están ligados necesariamente al proceso de incapacitación⁷⁸, por mucho que los hechos causales en uno y otro caso puedan coincidir, y aunque sea difícil concebir supuestos en los que se solicite la autorización del internamiento por trastornos psíquicos sin referencia a una incapacitación futura, en tramitación o, incluso, ya decidida por sentencia. Mas aun tratándose de un procedimiento autónomo referido a una tutela también autónoma (que, como establece el art. 760.1 LEC, puede formar parte de los pronunciamientos posibles de la sentencia de incapacitación), puede ser solicitada también de forma cautelar e instrumental de un proceso de incapacitación pendiente o futuro. En resumidas cuentas, la autorización del internamiento no voluntario puede ser una tutela jurisdiccional que se tramite en proceso independiente o accesoriamente acumulada a la pretensión de incapacitación, o una medida cautelar personal accesoría al proceso principal.

31. La autorización se tramita conforme a lo establecido específicamente en el art. 763 LEC, de acuerdo con las reformas en él introducidas a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley 1/1996, integrado con las disposiciones generales de los arts. 748 a 755 LEC. La cuestión estriba en determinar si, cuando se propone como medida cautelar, le es de aplicación subsidiaria la normativa general sobre medidas cautelares que contiene la LEC, en caso de ausencia de regulación específica: en nuestra opinión, en principio sí, si bien con matices; por ejemplo, no entendemos aplicable el límite de los veinte días a que se refiere el art. 730.2 LEC, en caso de interposición anticipada de la demanda, de suerte que, si no se interpusiera en ese plazo la demanda, la medida debiera quedar sin efecto, salvo que en la solicitud de la medida se hubiera anunciado su carácter cautelar e instrumental de un futuro proceso⁷⁹; de no ser el caso, el transcurso de los veinte días no debe determinar la cancelación de la medida, debiendo en ese caso considerar que nos encontramos ante un proceso independiente, en el que debe primar el interés general en proteger al afectado por la medida de internamiento. Es más, en nuestra opinión, las razones de urgencia que permiten la adopción de una medida cautelar con carácter anticipado a la demanda sólo hacen concebible, en el caso que nos ocupa, la ratificación judicial del internamiento, *ex post facto*, pues no tiene

⁷⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección jurídica de la persona...», p. 967; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 206; más recientemente, HUERTAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 169, entre otros.

⁷⁹ Una solución que, por lo expuesto *supra*, nos parece poco operativa, dado que si existe voluntad de solicitar la incapacitación, es preferible instarla directamente simultáneamente con el internamiento.

mucho sentido instar la medida previa a la demanda de incapacitación sin que las razones de urgencia que la justifican lleven al solicitante a internar al afectado sin esperar a la previa autorización del Juez. De ser propuesta dentro del proceso como medida cautelar, debería serle de aplicación igualmente el régimen general de la LEC en cuanto a la necesidad de ofrecimiento de caución por parte del solicitante.

32. El objeto del proceso es la obtención de una autorización previa o ratificación judicial del internamiento de una persona por trastorno psíquico. Se trata de una pretensión de no fácil calificación, desde el punto de vista de su *petitum*; evidentemente, no se trata de una pretensión de condena, pues no se exige un determinado comportamiento del demandado, sino tan sólo la autorización judicial para que el solicitante pueda internar al afectado. Es claro que la autorización judicial forma parte de los hechos determinantes, conforme a la Ley, de un cambio en el estado jurídico de una persona, como requisito necesario, por lo que la solución más aceptable es la de que nos encontramos ante una acción constitutiva, si bien el internamiento no depende en exclusiva de la declaración del Juez, el internamiento quedará condicionado, en definitiva, a la actuación del solicitante. En el caso de la ratificación posterior del internamiento urgente se llega a idéntica conclusión: la ratificación no es una mera declaración de la legalidad de un estado de cosas previo, sino la integración *ex post facto* de los requisitos materiales necesarios para proceder al internamiento contra la voluntad del afectado.

Los presupuestos legales de la autorización al internamiento son la existencia de trastorno psíquico, la necesidad de internamiento y, por último, la ausencia de capacidad para prestar el consentimiento (art. 763.1 LEC).

En cuanto a los requisitos del Tribunal y de las partes, la competencia objetiva y territorial para el conocimiento de estos procesos se atribuye, en conformidad con el fuero general del art. 756 LEC, al Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiere la declaración; si es ratificación en caso de urgencia, el Juez del lugar en que se encuentre el establecimiento donde se ha internado. Hemos planteado con anterioridad, al comentar el art. 756 LEC, nuestras reservas acerca de que la regla especial de competencia territorial que establece el art. 763.1 LEC sea también indisponible. Como entonces dijimos, el carácter no disponible del fuero de competencia territorial previsto para los procesos de incapacitación se fundaría en este caso en la aplicación del art. 54.1 LEC, que considera no disponible el fuero en todos los procesos que se tramiten por los cauces del juicio verbal. Mas, como veremos a continuación, en el caso que nos ocupa no es de aplicación el juicio verbal de forma subsidiaria, toda vez que, aun esquemáticamente, la Ley establece una tramitación propia y especial. En resumidas cuentas, se debe llegar a la con-

clusión de que, en estos casos, a falta de otra previsión, el fuero es disponible, por mucho que no lo sean los derechos en él en juego⁸⁰. Nada se dice en el precepto sobre la legitimación activa, aunque analógicamente se puede reconocer a los mismos que pueden promover la incapacitación en el art. 757 LEC, con la salvedad del propio afectado. En caso de ratificación, la petición corresponde al responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento, de acuerdo con el párrafo 2 del art. 763 LEC, aunque en nuestra opinión no hay impedimento para que la inste la persona que promovió el internamiento urgente; a intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en todo caso, de conformidad con la regla general del art. 749.2 LEC. Por cuanto se refiere a la asistencia técnica y representación letrada, son de nuevo aplicables las reglas generales del art. 750 LEC, esto es, preceptiva intervención de abogado y procurador; en el caso del afectado, también, y si no lo hicieran, actuará por ellos el Ministerio Fiscal, salvo que sea el promotor el expediente, en que se le designará un defensor judicial (art. 758 LEC).

33. El procedimiento se regula de forma esquemática en la Ley: presentada la solicitud de autorización o de ratificación (que, aunque no lo diga Ley, debería ir acompañada de los documentos justificativos de la legitimación del solicitante, así como de la urgente necesidad de la medida), se da audiencia al afectado y al Ministerio Fiscal, así como de quien el afectado o el Juez consideren conveniente; el Juez examinará al afectado, y también un facultativo designado por él, que emitirá preceptivo informe (y, si el afectado es menor, lo harán también los servicios del menor). Este procedimiento es ciertamente menos rígido que la aplicación subsidiaria del juicio verbal con contestación escrita, el cual, a pesar de su sencillez, es difícilmente compatible con las exigencias de rapidez que impera la situación del afectado, procedimiento que no es, en nuestra opinión, de aplicación de acuerdo con lo establecido en el art. 753 LEC. Practicadas las anteriores actuaciones, el Juez resuelve por sentencia apelable, en la que se expresará, de ser estimatoria, la obligación del facultativo de informar periódicamente sobre la necesidad de mantener o no la medida. El plazo del informe lo fija la sentencia, pero no puede ser superior a seis meses. La LEC no exige la presencia del Ministerio Fiscal en la práctica de las pruebas ni tampoco que se convoque a las partes a su práctica.

34. La autorización es revisable de oficio si cambian las circunstancias determinantes del internamiento, en atención a los informes periódicos del facultativo y previa práctica de las actuaciones que el Juez estime convenientes. En nuestra opinión, se debe reconocer también legitimación activa para solicitar el alzamiento del internamiento a los activamente legi-

⁸⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 430.

timados para pedir la modificación o reintegración de la capacidad, por aplicación analógica del art. 761.2 LEC, en el bien entendido de que lo contrario puede conducir al mantenimiento del internamiento indebidamente, por un tiempo que puede alcanzar hasta los seis meses, si en ese lapso cambian las circunstancias que condujeron a su autorización por el Juez.

En cualquier caso, si el facultativo considera que no es necesario mantener el internamiento puede acordar el alta, y debe comunicarlo al Juez: esta decisión es en exceso expeditiva, y debería contarse con la previa audiencia de las partes afectadas por la decisión facultativa y con la autorización judicial, antes de hacerla operativa, con el objeto de evitar situaciones no deseables desde el punto de vista de los derechos del interno; del mismo modo que la reintegración de la capacidad no se obtiene por la mera desaparición de la causa que la motiva, sino que requiere de una previa decisión judicial, parece razonable que el alta sea acordada previa audiencia a las partes interesadas, y previa dación de cuenta al Juez. La comunicación al Juez a que se refiere el inciso final del art. 763.4 LEC no debe tener, por idéntico motivo, otro fin que el de someter a control judicial la decisión facultativa, por lo que debería observarse previo trámite de audiencia a los interesados y al Ministerio Fiscal, antes de hacer efectivo el alzamiento de la medida: esta solución es, desde luego, menos gravosa que la de promover de nuevo el proceso de internamiento, *ex post facto* el alta del afectado.

35. En caso de internamiento urgente, como especialidad, el responsable del centro en el que se ha producido el internamiento debe comunicarlo al Juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que el Juez se ratifique o no en setenta y dos horas, con lo que se respetan los plazos constitucionales de la detención.

5. Proceso para la reintegración de la capacidad o para la modificación del alcance de la incapacitación

36. Contiene la LEC también un precepto dedicado al procedimiento para la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación. El art. 761 ocupa en el ordenamiento el lugar que hasta entonces correspondía al art. 212 del Código Civil, un precepto que regulaba ciertamente con gran parquedad el modo de obtener los cambios oportunos en la estado civil del individuo, de sobrevenir circunstancias que lo justifiquen o que cambien los hechos que motivaron la sentencia de incapacitación o los límites establecidos en la sentencia a la capacidad del afectado.

tado. No se trata de un proceso de revisión, sino de un nuevo proceso, basado en hechos nuevos⁸¹; tampoco de un incidente del proceso de declaración de la incapacidad anterior⁸².

37. No se oculta que la *ratio* del precepto nos conduce a la cuestión de cuáles son los límites de eficacia de la cosa juzgada en los procesos de estado civil. En efecto, la posibilidad de modificación de lo ya decidido en la sentencia firme de incapacidad no debe conducir a la conclusión —errónea a todas luces— de que nos encontremos ante una sentencia desprovista de fuerza de cosa juzgada material y que, como tal, no produzca efectos positivos ni negativos, es decir, no tenga vinculación prejudicial en un proceso posterior, en caso de plantearse una demanda con objeto conexo, ni excluyente, en caso de demanda posterior con objeto idéntico. La posibilidad de un proceso posterior no implica negar virtualidad en este tipo de procesos al *non bis in idem* derivado de la firmeza de la sentencia sobre el fondo, pues en realidad no se trata de procesos con objeto idéntico, por mucho que se refiera al estado civil del mismo individuo. Este asunto alude directamente a la cuestión de los límites temporales y objetivos de la cosa juzgada material: tradicionalmente se ha entendido que la sentencia firme sobre el fondo, en materia civil, se pronunciaba *sub specie aeternitatis*, es decir, no tenía fecha de caducidad en el tiempo, una vez obtenida la firmeza de la sentencia, con la sola salvedad de revocación de la sentencia por los cauces extraordinarios previstos en la Ley (recurso de revisión; en su caso, recurso de amparo constitucional). Ello no significa que no sean posibles nuevas pretensiones susceptibles de dar lugar también a nuevas cosas juzgadas; el problema estriba en establecer a partir de qué momento se puede considerar que nos encontramos en ese caso y, al contrario, hasta dónde alcanza la eficacia temporal de la cosa juzgada.

La respuesta a las preguntas anteriores se obtiene del previo discernimiento de a qué hechos alcanza la fuerza de cosa juzgada de una sentencia firme; en efecto, la decisión del Juez afecta a un pequeño trozo de historia, integrado por los hechos fundamentales que dieron origen a la controversia, y por ello, como regla de seguridad jurídica y para evitar una repetición de procesos sobre hechos ya juzgados, se estableció que, desde el punto de vista objetivo y temporal, la función negativa de la cosa juzgada debía afectar a aquellos hechos que el actor y el demandado pudieron emplear en defensa de sus posiciones respectivas y como fundamento de la estimación o desestimación de la demanda. Para completar el sistema, y en evitación de conductas fraudulentas a través de las cuales una de las partes se reservara hechos fundamentales con vistas a su utilización en su caso

⁸¹ BANACLOCHE, *op. cit.*, p. 1276.

⁸² GARBERÍ LLOBREGAT, *op. cit.*, p. 583.

en otro proceso posterior, se acudió a una regla de preclusión, consistente en que aquellos hechos que pudieron ser alegados eficazmente en el proceso anterior pero no se alegaron efectivamente se entienden incluidos dentro de la esfera de eficacia de la cosa juzgada de ese proceso y, por consiguiente, precluye la posibilidad de alegarlos válidamente como fundamento de la misma pretensión en un proceso posterior. Dicho en otras palabras, en el elemento objetivo de la cosa juzgada se incluyen los hechos alegados por las partes, así como aquellos que, por ser anteriores al proceso, pudieron alegar y no alegaron oportunamente. Una regla que la LEC de 2000 ha recogido en su art. 400, según el cual «cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior».

Este criterio sirve de base a la tesis de que en los procesos de incapacitación la posibilidad de modificación de las situaciones reconocidas en la sentencia firme no se funda en la inexistencia de cosa juzgada, sino en que la aparición sobrevenida de hechos que no han podido ser alegados en el proceso anterior da origen a una nueva cosa juzgada, aunque exista conexión entre los objetos de ambos procesos⁸³. Una fuerza de cosa juzgada que, por otro lado, expresamente reconoce el art. 222 LEC. No compartimos por ello la opinión de la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998, según la cual, la sentencia de incapacitación es esencialmente revisable; otra cosa es que la extensión en el tiempo de los efectos de la cosa juzgada en esa sentencia sea inferior a la que se pueda obtener en otro tipo de proceso, o sea más permeable a los cambios fácticos acaecidos con posterioridad, toda vez que se trata de una sentencia cuyos efectos se proyectarán sobre una situación jurídica modificable en el futuro. Nos reafirmamos, pues, en nuestra anterior opinión de que este proceso no versa sobre los mismos hechos que fueron juzgados, sino sobre unos hechos nuevos que modifican sustancialmente el *statu quo* determinante de la primera decisión.

38. En resumidas cuentas, la nueva situación fáctica del incapacitado determina el nacimiento de un nuevo objeto procesal y de una nueva pretensión, a la que no alcanza la cosa juzgada del proceso anterior, cuyo *petitum* consiste en el alzamiento o modificación del alcance de la incapacitación ya establecida. Curiosamente no se refiere el precepto a la posi-

⁸³ Opinión en la que coincidimos con ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 736; CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación*, *op. cit.*, p. 336, y HUERTAS MARTÍN, *op. cit.*, pp. 245 y ss., entre otros. En contra, y a favor, por tanto, de la carencia de efecto de cosa juzgada, *vid.* MARTÍN GRANIZO, «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 30 de diciembre de 1995. Declaración de incapacidad», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1997, p. 76.

bilidad de reintegrar la capacidad de obrar del declarado pródigo (algo perfectamente posible, en caso de muerte de los parientes acreedores de los alimentos, de cese de la causa de darlos o de cambio de conducta acreditada del pródigo, por ejemplo), sino sólo la del declarado incapaz, una omisión que, en nuestra opinión, no debe ser óbice para entender aplicable el caso también en caso de prodigalidad⁸⁴.

La legitimación activa se otorga, en estos casos, a los indicados en el art. 757 y, además, a los que ejercieran cargo tutelar o tuviesen bajo su custodia al incapacitado, al propio incapacitado y, en todo caso, al Ministerio Fiscal: este precepto, que coincide en su tenor con lo dispuesto en el derogado art. 213 del Código Civil, debería haber sido puesto al día con arreglo a la modificación introducida en el art. 757.1 LEC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE, 19 de noviembre), que hace superflua la mención en este art. 761 de la legitimación activa del declarado incapaz. Es lo cierto, por otra parte, que siendo éste el afectado y entendiendo su interés por modificar las consecuencias derivadas de la sentencia de incapacitación, debería primar su legitimación sobre la de los demás referidos en el precepto; puede incluso sostenerse que el incapacitado ocupe siempre la posición de actor, solo o en litisconsorcio, pues no tiene en principio sentido que se oponga a la reintegración de su propia capacidad⁸⁵. Si al incapacitado se le hubiera privado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización para actuar en el proceso por sí mismo. Dado que el art. 750 LEC considera preceptiva la asistencia de abogado y procurador en los procesos regulados en este título, la autorización ha de ser hábil para designar abogado y apoderar a un procurador que represente al incapaz en el proceso.

39. En cuanto a la tramitación, el art. 761 se limita a recordar la necesidad de practicar las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759 LEC (recordamos: las que soliciten el Ministerio Fiscal y las demás partes, interrogatorio de los parientes más próximos y examen del incapaz, dictamen pericial pertinente y, en concreto, dictamen de facultativo). Para lo demás, nada específico dice el precepto, por lo que el procedimiento ha de integrarse con las disposiciones comunes antes señaladas, en lo que se refiere al Tribunal competente, procedimiento a seguir, facultades del Tribunal, intervención del Ministerio Fiscal y características de los actos del proceso (arts. 748 a 755 LEC, así como los preceptos referentes al proceso de incapacitación).

⁸⁴ Con idéntico criterio, *vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ (con ALMAGRO, GIMENO y MORENO), *Derecho Procesal*, Valencia, 1991, p. 198.

⁸⁵ Ya se manifestó en este mismo sentido, con respecto al art. 213 del Código Civil, BANACLOCHE PALAO, *op. cit.*, p. 1284.