

# TÍTULO

## EL FISCAL ANTE EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

### FUNDAMENTO DE SU ACTUACIÓN

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

© *Fernando Santos Urbaneja*  
1997

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

**Publicado en:**  
**ESTUDIOS DEL MINISTERIO FISCAL – VII 1997**  
**SEMINARIO SOBRE LA PROTECCIÓN LEGAL DE PERSONAS**  
**CON DISCAPACIDAD**

## POSICION DEL FISCAL - FUNDAMENTO DE SU ACTUACION

El fundamento de toda actuación del Ministerio Fiscal no puede ser otro que LA LEGALIDAD, para el Fiscal la legalidad es el camino y la antorcha

Cuando el Fiscal recibe, a través de los diversos modos y vías que se han examinado, la noticia de la posible incapacidad de una persona, de la existencia de lo que solemos denominar "*presunto incapaz*", - aunque la presunción legal es justamente la contraria - , es obligado partir de lo dispuesto en la ley y, en concreto, en el Art. 200 del C.Civil que es el precepto que determina lo que son causas de incapacitación y traza los límites del concepto jurídico de incapacidad que no es plenamente coincidente con el concepto clínico o asistencial que atiende a otras referencias.

Establece el Art. 200 del C.Civil que son causas de incapacitación:

*"Las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquicos que impidan a la persona gobernarse por si misma"*

El Fiscal, ante cualquier comunicación y tras el análisis de la documentación o información remitida o recibida, deberá decidir, en primer lugar, si se encuentra ante un supuesto incluido en el Art. 200 o fuera de él.

Como el Fiscal carece de conocimientos técnicos en la materia, salvo casos muy evidentes, deberá contar con el auxilio de un Facultativo, normalmente de un Médico Forense.

En la actualidad y pese a que se ha solicitado reiteradamente, no existen Médicos Forenses adscritos a las Fiscalías, sin embargo si son requeridos prestan su colaboración diligentemente.

Es posible, por tanto, que el Fiscal conteste al remitente informándole de que la persona en cuestión no está incurso en causa legal de incapacitación y que, en consecuencia, no procede su declaración judicial de incapacidad sin perjuicio de que pueda ser atendida a través de los mecanismos clínicos o asistenciales ordinarios

Cuando el caso sea dudoso o claramente concorra causa de incapacitación, es preciso tener en cuenta las previsiones sobre legitimación contenidas en el Art. 202 del Código Civil pues en primer lugar:

*"Corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y, en defecto de estos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz"*

El hecho de que las personas legalmente obligadas no hayan instado la declaración de incapacidad puede interpretarse como una inhibición consciente pero esto es muy raro. La generalidad de los ciudadanos desconocen que tienen obligación de promover la declaración de incapacidad de sus familiares cercanos. Por ello considero esencial, antes de adoptar iniciativa alguna, comunicar con la familia y proporcionar una mínima información sobre el tema mediante el envío de una carta.

Cuando no existan familiares cercanos o estos, a pesar de la información recibida, no hayan interpuesto la demanda, deberá promover la declaración el Ministerio Fiscal ( Art. 203-1º C.C. )

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

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

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

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

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

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

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

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

Voy a analizar separadamente el contenido de esta afirmación:

### **1ª- LA INCAPACIDAD ES ALGO MAS QUE UN DIAGNOSTICO.**

El diagnóstico es el punto de partida, un indicio de incapacidad pero nada más. El diagnóstico sirve para empezar a hablar pero no es ni puede ser todo el discurso.

Cabe también señalar que en la elaboración de los diagnósticos sobre enfermedad y sobre todo sobre deficiencia mental ha pesado mucho el elemento intelectual.

Se atiende fundamentalmente, a la hora de diagnosticar la deficiencia mental, a los déficits en la inteligencia pero no puede perderse de vista que existen muchas clases o perspectivas de la inteligencia. Enrique ROJAS, catedrático de psiquiatría distingue entre inteligencia teórica - práctica - social - espontánea y provocada - analítica y sintética - analógica y metódica - discursiva - matemática - emocional e instrumental.

Los Deficientes y enfermos pueden tener elevados rendimientos en varias de estas modalidades de inteligencia.

Si se tuviese en cuenta este cúmulo de habilidades el juicio de valor sobre su capacidad sería más rico y matizado.

Con todo, estoy de acuerdo en que la denominada inteligencia teórica tenga un peso importante en la configuración de concepto "incapacidad" porque, como ha escrito KANNER

*"En nuestra sociedad el principal impedimento con que se encuentran los Deficientes Mentales reside en un grado mayor o menor de incapacidad para subvenir a las exigencias intelectuales de la sociedad.*

*En otros aspectos pueden ser tan maduros o inmaduros, estables o inestables, seguros o inseguros, plácidos o temperamentales, agresivos o condescendientes como cualquier miembro de la especie humana.*

*En sociedades menos complejas, menos centradas en el intelecto, los retrasados mentales no tendrían problemas para lograr y conservar una categoría de ambiciones realizables. Algunos podrían incluso alcanzar la superioridad en virtud de atributos distintos de los que se miden en un test de inteligencia*

## **2ª - CAPACIDAD O INCAPACIDAD SON CONCEPTOS CIRCUNSTANCIALES**

Todas las cosas lo son en función de sus circunstancias.

Ya ORTEGA Y GASSET en 1914 en "*Las Meditaciones del Quijote*" formula la conocida máxima "*Yo soy yo y mis circunstancias*".

Dice ORTEGA Y GASSET:

*"Creo muy seriamente que uno de los cambios más hondos del siglo actual con respecto al XIX va a consistir (Se escribe en 1914 ) en la mutación de nuestra sensibilidad para las circunstancias. Yo no sé qué inquietud y qué apresuramiento reinaba en la pasada centuria - en su segunda mitad sobre todo - que impelía los ánimos a desatender todo lo inmediato y momentáneo de la vida"*

Creo que es bueno recordar por un momento cuando se produce la Codificación Española y en concreto, el año de promulgación del Código Civil - 1889 -

Esta apelación a las circunstancias no es ajena al ámbito jurídico: Así, dos conceptos del ámbito penal que guardan cierta relación o analogía con el de Incapacidad, cuales son los de "*Culpabilidad*" e "*Inimputabilidad*" tienen muy presente el factor "circunstancia".

En lo tocante a la CULPABILIDAD, en el año 1907 se inicia en Alemania con FRANK una nueva teoría que andando el tiempo llegaría a ser dominante y conocida como la "*Teoría Normativa de la culpabilidad*".

Para FRANK la culpabilidad no se agota en la relación psicológica entre el agente y el resultado, es preciso tener en cuenta más cosas, la imputabilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales tienen una notable importancia para formular el juicio de valor en que la culpabilidad consiste.

Si no se toman en cuenta las circunstancias no se puede precisar correctamente la medida de la culpabilidad.

En lo que atañe a la INIMPUTABILIDAD, la redacción del Art. 20-1º del nuevo Código Penal expresa claramente que lo relevante no es que el acusado esté diagnosticado de esta o de aquella anomalía o alteración psíquica, sino que por su influjo no pueda el acusado al tiempo de cometer la infracción, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Viene a decirnos el precepto que también la inimputabilidad es algo más que un diagnóstico es preciso analizar más cosas, examinar la situación y circunstancias concretas concurrentes en el hecho.

Recoge el Código la tesis ya plasmada en el ordenamiento Penal de otros países y difundida en España por CASTILLA DEL PINO de que lo relevante es que exista relación entre la alteración o anomalía psíquica y el hecho delictivo. si no existe esta relación habrá que considerar que el hecho le es plenamente imputable al acusado al margen de su dolencia.

Por este camino la relación entre INCAPACIDAD E INIMPUTABILIDAD, próxima durante mucho tiempo, se va separando y diluyendo aunque el factor circunstancial sea común a ambos.

En la INCAPACIDAD se intenta relacionar el diagnóstico con las circunstancias concretas en que desenvuelve su vida el deficiente o enfermo.

En la INIMPUTABILIDAD la relación se establece entre el acusado que padece una alteración o anomalía psíquica y un determinado hecho delictivo

Buena prueba de esta separación la encontramos en la Disposición Adicional Primera de la L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre que aprueba el nuevo Código Penal cuando dice:

*“Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del Art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, **si fuera procedente**, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil...”*

La intercalación en la frase de la expresión “*si fuera procedente*” sugiere diversas interpretaciones que podemos analizar, pero desde luego marca distancias entre los conceptos de INIMPUTABILIDAD e INCAPACIDAD.

Volviendo al Art. 200 del C.Civil y al concepto que proporciona de “incapacidad” se puede concluir que, si se quiere saber si un determinado padecimiento psíquico dificulta el autogobierno de una persona es preciso analizarlo en relación con las circunstancias concretas en que se desenvuelve su vida ( medio urbano o rural - formación - existencia o no de patrimonio - apoyo familiar o de terceros - necesidades - edad - capacidad de relación, etc.... )

Es posible que en las circunstancias en que desarrolla su vida el deficiente o enfermo sean tan sencillas que a pesar de las limitaciones aquél pueda cuidar de sus pequeños asuntos.

Sobre esta reflexión volveré más adelante. Creo de interés transcribir de nuevo las palabras de KANNER, complemento de las recogidas líneas arriba, referidas a los Deficientes Mentales:

*“Su deficiencia es un fenómeno etnológicamente determinado que guarda relación con las normas locales y, aun dentro de dichas normas, con los postulados educativos, las ambiciones vocacionales y las expectativas familiares*

*Aún en nuestra sociedad pueden tener muchas oportunidades en entornos menos complejos. Pueden ser eficaces granjeros, trabajadores de fábricas, mineros, camareros”*

En atención a lo anteriormente expuesto y para hacer más explícita la importancia del factor circunstancial, propondría que el Art. 200 del C.Civil quedase redactado de la siguiente manera:

*“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que, **en atención a sus particulares circunstancias**, impidan a la persona gobernarse por si misma”*

## **POSICION DEL MINISTERIO FISCAL - PRINCIPIOS RECTORES DE SU ACTUACION**

Una vez analizada la doble perspectiva del Art. 200 del C.Civil, cabe preguntarse sobre la posición del Fiscal y los principios rectores de su actuación. Para encontrar la respuesta entiendo que es necesario conjugar los criterios rectores de la actuación del Ministerio Fiscal en general con la finalidad y esencia propia de cada procedimiento en que intervenga.

Nuevamente la legalidad ha de servirnos de guía en esta búsqueda

### **A.- POSICION GENERICA DEL FISCAL**

Entiendo que la configuración Constitucional y Estatutaria del Ministerio Fiscal no puede perderse de vista en ninguna de sus actuaciones procesales o extraprocesales. Allí donde interviene el Fiscal lo hace, en primer término, para ejercitar las funciones que la Constitución ( Art. 124 ) y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ( Art. 3 ), le encomiendan en defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales de las personas

Si este mandato se refiere a los derechos fundamentales de los ciudadanos en general, puede afirmarse que es particularmente intenso en relación con los colectivos de personas desvalidas, como los disminuidos psíquicos y asimilados, a quienes todos los Poderes Públicos ( Art. 49 C.E. ) y particularmente el Ministerio Fiscal ( Art. 3-7 E.O.M.F. ) tienen un especial deber de amparar

Puede concluirse señalando que el amparo de los Derechos de las personas presuntamente incapaces o incapacitadas es el criterio rector, la referencia, la guía que debe orientar la actuación del Ministerio Fiscal.

### **B.- POSICION DEL FISCAL EN RELACION CON EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACION DE INCAPACIDAD**

Si repasamos los preceptos legales que se refieren al procedimiento de declaración de incapacidad encontramos referencias a "*la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio*" ( Art. 209 C.C. ), a la determinación en la sentencia de "*La extensión y los límites de la incapacitación y del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*" ( Art. 210 C.C. )

El Fiscal, atendiendo a los criterios generales y particulares de actuación en ese procedimiento deberá velar:

- 1º.- Por el cumplimiento de la legalidad formal y material cuidando que no se produzcan declaraciones de incapacidad carentes de fundamento legal

2º.- Para que, aún existiendo causa legal, se preserve de la declaración de incapacidad aquellos ámbitos en que es posible el autogobierno de la persona, procurando evitar que se produzcan declaraciones de incapacidad desmesuradas que afecten a un mayor número de derechos que el estrictamente necesario.

3º.- Para que se adopten las medidas cautelares tendentes a proteger la persona o el patrimonio del presunto incapaz utilizando las posibilidades que ofrecen el art. 209 y el Art. 216-2º en relación con el Art. 158 del C.Civil.

### **C.- POSICION DEL FISCAL EN RELACION CON LA INSTITUCIONES DE GUARDA CONSTITUIDAS A RAIZ DEL PROCEDIMIENTO DE DECLARACION DE INCAPACIDAD**

Dentro de las Instituciones de Guarda hay que distinguir claramente, entre la Patria Potestad Prorrogada o Rehabilitada por un lado y la Tutela o Curatela y el Defensor Judicial por otro

#### **a).- En relación con la Patria Potestad Prorrogada o Rehabilitada**

El Art. 156 del C.Civil establece que la Patria Potestad *se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, comprendiendo el deber de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes*

Concurriendo los requisitos del Art. 171 del C.Civil la prórroga o rehabilitación de la Patria Potestad es obligada, por lo que el Fiscal se limitará a comprobar que aquellos existen pero, en principio, no va a tener oportunidad de dar su opinión sobre la idoneidad de los padres para el desempeño de las funciones de amparo que la ley les encomienda.

Entiendo que si el Fiscal percibe que la inidoneidad de los padres es muy grande debe poder intervenir.

***Si el presunto incapaz es menor de edad*** y existe motivo suficiente, habría que poner los hechos en conocimiento de la entidad pública encargada de la protección de los menores y si llega a constatarse una situación de desamparo, le vendría atribuida a tal entidad la tutela del menor por ministerio de la ley debiendo adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda ( Art. 172-1 C.Civil ).

***Si el presunto incapaz es mayor de edad*** y por tanto se ha extinguido la patria potestad ( Art. 169-2 en relación 314-1 y 315 del C.Civil ), entiendo que el Fiscal puede y debe solicitar que no se rehabilite la Patria Potestad, sino que se proceda a nombrar un tutor idóneo y mientras tanto instar la adopción de las medidas de protección más convenientes



### **b).- En relación con la Tutela, Curatela o Defensor Judicial**

El Art. 215 del C.Civil establece que *“La **guarda y protección** de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los incapacitados se realizará, en los casos en que proceda mediante la Tutela, la Curatela y el Defensor Judicial”*.

El Art. 299 bis del C.Civil señala que *“Cuando una se tenga conocimiento que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, **asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal**”*.

El Art. 269 del C.Civil señala entre la obligaciones del tutor la de *velar por el tutelado y en particular las de procurarle alimentos, promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad*

El Art. 267 del C.Civil precisa que *“El tutor es el representante del incapacitado **salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo** de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia de incapacitación”*.

Normalmente cuando se trata de nombrar tutor, curador o defensor judicial, va a ser preciso elegir, entre varios posibles, la persona idónea para asumir la guarda.

Aunque el Art. 231 no dice que haya que oír al Fiscal para constituir la tutela, el trámite viene impuesto por el Art. 1815 de la L.E.Civil.

Entiendo que la posición del Fiscal será la de investigar y proponer a la persona más idónea para ocupar el cargo de tutor que será aquella que se encuentre en mejores condiciones para cumplir los deberes legales de protección dando una especial relevancia al aspecto personal en lo que pueda significar de posibilidades de inserción social, ejercicio de los derechos y libre desarrollo de la personalidad del tutelado.

Cuando sea conveniente separar la tutela de la persona de la de los bienes se solicitará tal separación y en todo caso, habrá que partir de la voluntad de los padres expresada en testamento o documento público notarial. ( Art. 236 C.Civil )

### **D.- POSICION DEL FISCAL EN RELACION CON LOS PROCEDIMIENTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA DERIVADOS DEL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES TUTELARES**

Me refiero a aquellos procedimientos en los que se examina la pretensión del tutor de obtener autorización judicial para llevar a cabo cualquiera de los actos previstos en el Art. 271 del C.Civil o la esterilización de la persona incapacitada ( Art. 156 C.P. )

Los preceptos que regulan esta materia contienen expresiones tales como *“necesidad”, “utilidad”* ( Art. 2012 L.E.C. ), *“mayor interés del incapaz”* ( Art. 156 C.Penal )

En todos estos casos, el Juez antes de decidir deberá oír al Ministerio Fiscal ( Art. 273 C.Civil - Art. 156 C.P. )

En estos casos de sustitución de la voluntad, el Fiscal deberá comprobar que la voluntad expresada por el tutor es probablemente la voluntad que hubiese expresado la persona incapacitada si hubiese podido hacerlo.

Se trata siempre de un juicio hipotético. El Fiscal tendrá que esforzarse por ponerse en el lugar de la persona incapacitada y desde esta perspectiva decidir si lo que pide el tutor responde al interés del incapaz, del tutor o de terceros.

### **E.- VIGILANCIA DE LA TUTELA**

Establece el Art. 232 del C.Civil que *“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado”*

### **CONCLUSION**

Creo que después de este examen y de conjugar los criterios generales de actuación del Ministerio Fiscal con la esencia de cada procedimiento concreto en que interviene referido a los incapaces, se puede encontrar un hilo conductor, un denominador común que vendría a ser el principio general informador de la actuación del Ministerio Fiscal respecto del colectivo de personas incapaces. Este principio, criterio rector de actuación entiendo que no puede ser otro que el de **PROCURAR LA PROTECCION DEFENSA Y AMPARO DE SUS DERECHOS**

En este contexto considero conveniente hacer dos precisiones

**Primera.-** El Fiscal debe ser consciente que ningún derecho es absoluto y que los derechos que tiene que defender tienen las limitaciones propias de todos los derechos; Intrínsecos ( *derivados de la buena fe y de la naturaleza y función social del derecho* ) y Extrínsecos ( *preferencia de otros derechos o perjuicio de terceros* )

**Segunda-** Este criterio rector que sin duda tiene la categoría de Principio General del Derecho, debe tener la doble función de servir **tanto para integrar el Ordenamiento Jurídico** en caso de laguna legal ( Art.1-4 C.Civil ) **como para interpretar** las normas oscuras o contradictorias ( Art. 3-1 C.C. )

La interpretación es una actividad necesaria más si cabe en la actualidad en que asistimos a una proliferación asombrosa de normas que provienen de instancias diversas, las más de las veces carentes de cualquier coordinación y que suelen entrar en vigor sin aclarar hasta que punto derogan o no otras precedentes.

Es obligado intentar la aplicación de los preceptos legales, pero cuando estos se alzan abiertamente contra lo comúnmente sentido como justo, es legítimo buscar una solución alternativa que normalmente será el preludio de una reforma legislativa

*Decía ANTON ONECA ; “Es preciso reconocer que la actividad judicial tiene en la interpretación de la ley y en el ejercicio de su arbitrio, ocasión hasta cierto punto, para incorporar algunos criterios que vayan preparando la reforma legislativa”*

Por su parte W. MAIHOFER señalaba que “El saber jurídico no se agota en la interpretación o en la apología del Derecho vigente, sino también en su anticipación”

Los Fiscales, a través de las Memorias de la Fiscalía, podemos elevar al Gobierno Propuestas de Reforma Legislativa que adapten las normas a las nuevas situaciones que se van planteando.<sup>3</sup>

Ocurre que en la materia que nos ocupa abundan las lagunas y existen bastantes preceptos cuya literal aplicación conduce a consecuencias claramente perjudiciales para los intereses de los incapaces.

Quizá por esto y por tratarse de una materia especial en la que están en juego los más importantes derechos de la persona, es por lo que existe un consenso generalizado entre la Doctrina, la Jurisprudencia y los profesionales del derecho en el sentido de que este es un terreno especialmente propicio para la flexibilidad debiendo huirse de planteamientos formales excesivamente rigoristas más propio del Derecho Mercantil o Administrativo.

Entiendo que la labor interpretativa, utilizando los criterios que el Art. 3 del Civil nos proporciona es en este ámbito una actividad inexcusable.

Es posible que en aplicación de estos criterios interpretativos haya que pedir que no se aplique determinada letra de la ley porque entre en contradicción con la finalidad y el espíritu de la institución o con otra norma de mayor rango.

Entiendo, por el respeto que todo precepto legal debe merecernos, que la no aplicación debe ser especialmente motivada y explicada pero a la vez me parece necesario que se motive y se explique por que se opta por aplicar la letra de la ley cuando se percibe la contradicción con la finalidad o el espíritu de la norma dado que según el Art. 3 del C.Civil, este debe ser el criterio prevalente. En estos casos el escudarse en que “*la ley lo dice*” no me parece explicación suficiente

---

<sup>3</sup> Ver Propuestas de Reforma Legislativa en materia de Declaración de Incapacidad y Tutela elaboradas por la Fiscalía de Córdoba y recogidas en la Memoria de la Fiscalía del año 1996 Pags. 189 a 194.

AULIS AARNIO en su obra *“Lo racional como razonable”*, un tratado sobre la interpretación de las normas señala que *“Ha sido un vicio dominante ( se refiere a algunos juristas ) el buscar refugio en el texto estricto de la ley, cuando el problema que tenían ante si hubiera requerido un enfoque valiente y en sentido positivo, creador”*

Es fácil conectar este pensamiento con el de ANTON ONECA y W. MAIHOFER, expresado líneas arriba.

Si el principio rector de la actuación del Ministerio Fiscal es la protección de los Derechos de las personas incapaces entiendo que la denominación tradicional de las Secciones de las Fiscalías que se ocupan de esta materia como “Secciones de incapaces” no es la más afortunada ni expresiva de la función que debe desempeñar el Ministerio Fiscal por lo que en primer lugar y sin perjuicio de una ulterior precisión deberían denominarse *“Secciones de Protección ( de personas incapaces )”*.

Ocurre que PARA PROTEGER ES PRECISO CONOCER ¿Cómo se puede proteger lo que no se conoce?

<p><b>¿ COMO PUEDE EL FISCAL CONOCER PARA PODER PROTEGER ?</b></p>
--

El conocimiento debe ir desde lo general a lo particular, desde el conocimiento de los colectivos que abarca el Art. 200 del Civil hasta la situación particular de la persona concreta respecto de la cual se plantea una actuación.

**PRIMER NIVEL - PERFIL DE LOS COLECTIVOS QUE PUEDEN INCLUIRSE EN EL MARCO DEL ART. 200 DEL CODIGO CIVIL Y DE LAS PERSONAS QUE LO INTEGRAN**

De la lectura del Art. 200 del C.Civil se desprende que abarca dos grandes colectivos; Los padecimientos físicos y los padecimientos mentales.

**A.- PADECIMIENTOS FISICOS**

Incluye las minusvalías físicas más inhabilitantes ( Parálisis, trespolejias ), los estados vegetativos, y ciertos padecimientos que impiden o dificultan la comunicación ( sordomudez, alexias, afasias, etc... ) . En este último grupo la instrucción y las nuevas tecnologías pueden solucionar el problema.

## **B.- PADECIMIENTOS MENTALES**

Incluye las enfermedades mentales, las discapacidades psíquicas y las enfermedades degenerativas asociadas a la ancianidad.

A diferencia de lo que ocurre con los padecimientos físicos existe un desconocimiento generalizado sobre las características y diferencias existentes entre los distintos padecimientos mentales.

Voy a tratar de trazar sus perfiles generales, no desde un punto de vista científico, sino desde la experiencia del trato habitual con estas personas y sus familiares o allegados

### **b-1 ) Deficiencias o Discapacidades psíquicas ( Oligofrenias - síndrome de Dow - Espina bífida - Parálisis cerebral - Border line, etc...)**

Se presentan en la infancia y generalmente en una época cercana al nacimiento. afectan fundamentalmente a la vertiente intelectual. Es posible con técnicas de intervención tempranas, conseguir que se desarrollen buena parte de las habilidades de la persona pero se trata en todo caso de evoluciones muy lentas y en cuanto a la dolencia se caracteriza por la estabilidad.

En general tienen una gran capacidad de adaptación y algunos de ellos se encuentran incorporados al mercado laboral, viajan y disfrutan de su tiempo libre como cualquier persona.

### **b-2 ) Enfermedades mentales ( Esquizofrenia, Paranoia, Psicosis maniaco-depresiva - trastornos bipolares, etc....)**

A diferencia de la Deficiencia Mental, aparece en la juventud, generalmente ente los 18 y los 25 años cuando la persona está estudiando o trabajando y ocupando un determinado rol de hijo, padre, hermano, amigo, compañero, etc....

La enfermedad, que se muestra equívoca y contradictoria, provoca la ruptura de la mayor parte de estas relaciones. El enfermo pierde apoyos, se va quedando sólo, encuentra dificultades para entablar nuevas relaciones, siente miedo y una gran inseguridad. El enfermo se convierte en un ser enormemente vulnerable. Si ha necesitado ser ingresado en el hospital por haber sufrido un brote, una fase aguda de su enfermedad, le atenaza el recuerdo de la experiencia vivida y el temor de que pueda volver a repetirse.

Durante los periodos entre crisis que pueden y suelen ser muy amplios son plenamente capaces y pueden llevar una vida normal con la ayuda de la medicación.

### **b-3 ) Enfermedades degenerativas asociadas a la ancianidad ( Alzheimer - Demencia senil - demencia artereosclerósica )**

En estos casos el desmoronamiento de las facultades psíquicas va por delante del decaimiento natural de las facultades físicas, dando lugar a situaciones de gran desvalimiento.

Salvo algunos supuestos excepcionales, el proceso de demenciación es lento y da la oportunidad de que el afectado pueda organizar su patrimonio y su vida para cuando carezca de capacidad de autogobierno.

En las fases más avanzadas y por tanto más inhabilitantes estas personas suelen perder completamente la noción de la realidad y más que vivir de los recuerdos, viven en sus recuerdos.

De acuerdo con lo anterior y completando una propuesta ya anunciada creo que las Secciones o los Fiscales que en las Fiscalías se ocupan de esta materia debería denominarse “Secciones o Fiscales de Protección de Deficientes, Enfermos Mentales y Seniles” o “Secciones o Fiscales de Protección de Personas con Trastornos Psíquicos”

He hecho referencia a tres colectivos destacando las diferencias, ahora quiero poner de manifiesto las coincidencias o rasgos comunes

Puede decirse que las diferencias son accidentales mientras que entre todos ellos existe coincidencia en lo esencial y que esta coincidencia es fácil de conocer por que es idéntica a la del resto de las personas, sanas o enfermas

Estoy diciendo que los Deficientes, los Enfermos Mentales y los Seniles ni pertenecen a otra especie ni están hechos de una pasta distinta que la del resto de los ciudadanos de modo que, les viene bien lo que a todos nos viene bien y les viene mal lo que a todos nos viene mal.

Les viene bien el afecto, el cariño, la formación, la ocupación, el disfrute del ocio.

Les viene mal la marginación, el desprecio, la falta de instrucción, la falta de oportunidades de ocupación, o de disfrute

Imaginemos que a uno de nosotros nos quitaran el trabajo, nos alejasen de la familia, nos condenaran a una vida de vacía ociosidad

Estas personas, en mayor medida los Deficientes y Enfermos Mentales que tienen por delante una vida entera que recorrer necesitan como todos nosotros ,para poder vivir, determinadas cosas:

MASLOW, un clásico en el estudio de las necesidades del ser humano, clasifica y jerarquiza las necesidades humanas en cinco grandes grupos:

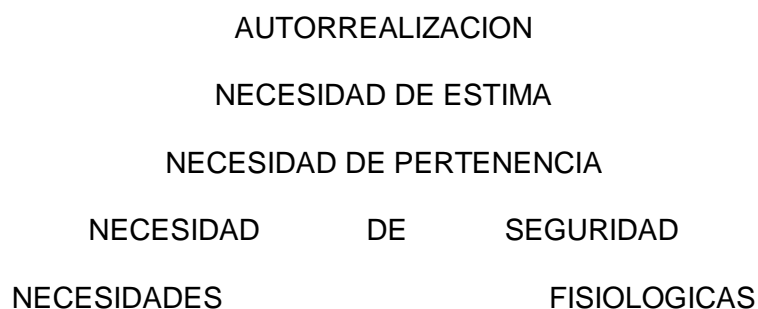
1º.- FISIOLÓGICAS ( alimentación, vestido, descanso, cobijo,etc... )

2º.- DE SEGURIDAD: Necesidad de protección. Exención de temor de peligros físicos y de temor a la privación de necesidades básicas.

3º.- DE PERTENENCIA: Son las llamadas necesidades sociales. Ser queridos por los miembros de la familia; pertenecer a un grupo u organización, sentirse integrado y protegido por el grupo.

4º.- DE ESTIMA: Es la necesidad de autovalorarse y de sentirse valorado, apreciado y respetado por los demás.

5º.- DE AUTORREALIZACION: Es la necesidad constante de progresar y desarrollarse, de llegar a ser uno mismo lo cual requiere cierta independencia, posibilidades de creatividad, etc...



Señala MASLOW que la tendencia es ir satisfaciendo necesidades desde el nivel inferior al superior, de modo que cuando las necesidades de un nivel quedan cubiertas se tiende a enfrentar las del nivel inmediatamente superior.

Para MASLOW el ciudadano medio está satisfecho en un 85% en sus necesidades fisiológicas, en un 70% en sus necesidades de seguridad, en un 50% en sus necesidades de pertenencia, en un 40% en las de estima y en un 10% en cuanto a las de autorrealización.

De lo anterior se deduce fácilmente que la autorrealización, el *libre desarrollo de la personalidad* tan cercano a la dignidad de la persona ( Art. 10 C.E. ), se configura como la mayor aspiración o interés de cualquier persona.

Desde el mundo del Derecho, desde nuestro Código Civil promulgado en esa época ciega para lo cotidiano que nos ha recordado ORTEGA Y GASSET que es la segunda mitad del siglo XIX, se han proporcionado sutiles distinciones entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las que todavía somos deudores y se ha olvidado lo más importante, que estas personas todas ellas y, en todo caso, ***tienen capacidad para ser felices o desgraciadas como cualquiera.***

¿Qué tiene que proteger el Fiscal? ¿Qué tienen que proteger los Poderes públicos, que no sea la oportunidad de que estas personas ejerciten sus derechos, que desarrollen su personalidad, que se inserten en la vida, que se promocionen, que asciendan en el nivel de satisfacción de sus necesidades, que preserven sus ámbitos de felicidad y que acierten o se equivoquen como cualquiera porque esto es lo que se llama Dignidad de la persona ( Art. 10 C.E. )

## **SEGUNDO NIVEL. CONOCIMIENTO DE CADA PERSONA EN PARTICULAR**

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

De acuerdo con lo ya señalado será preciso conocer:

EL DIAGNOSTICO como punto de partida

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

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

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

### NECESIDAD DE HACER ORDINARIAMENTE

### POSIBILIDAD DE HACER POR SI MISMA

Según mi experiencia el 95% de las demandas de incapacidad se refieren a personas sencillas, de costumbres sencillas y pocas necesidades que a consecuencia de la dolencia que sufren se ven obligadas a afrontar una vida de muy estrechos horizontes en medio de los cuales han conseguido crear algún espacio de felicidad.

La mayor parte de estas sencillas gentes han tenido “ *la fortuna* “ de que cierta bonanza económica se extendiera décadas atrás entre la mayoritaria clase media y hayan heredado junto con sus hermanos y pro indiviso, la casa o la pequeña finca que perteneció a los padres y que a su muerte se decide vender a uno de los hermanos o a un tercero para lo cual es necesario formalizar la escritura pública ante el Notario que advierte la falta de capacidad de una de ellas e indica a la familia el camino del Juzgado.



La declaración de incapacidad y la tutela se convierten en este modo en instituciones para facilitar el tráfico jurídico-inmobiliario

Sólo por esto se ven abocadas muchas personas a un procedimiento de declaración de incapacidad.

Creo que la solución, de cara al futuro, pasa por informar a los padres sobre la conveniencia de no crear en la transmisión de bienes, ya sea inter vivos o mortis causa, situaciones de condominio entre los hermanos sanos y los enfermos.

Fuera de este, es infrecuente en la práctica que se planteen otros casos de sustitución de la voluntad previstos en el Art. 271 del C.Civil sólo entendibles referidos a tutelados que cuenten con un abultado patrimonio.

Incluso los que carecen de patrimonio inmobiliario y por mor del Estado de Bienestar, tienen derecho a una pensión que algunos Organismos Públicos se empeñan en entregar sólo a quien esté formal y judicialmente investido de la condición de tutor. Su Número de Identificación Fiscal ( N.I.F.) es esencial, no lo es verificar el destino último de la pensión.

¿ Qué pinta en medio de todo esto el incapaz y la defensa de sus sagrados derechos?  
¿ A quién estamos protegiendo ?

¿ No estaremos incurriendo a las puertas del siglo XXI en la misma actitud que denuncia ORTEGA cuando mira al Siglo XIX ?

No me resisto a transcribir otra vez sus reflexiones expresadas en las Meditaciones del Quijote.

*“Es hora ya de que resolvamos la latente hipocresía del carácter moderno, que finge interesarse únicamente por ciertas conveniencias sagradas - ciencia o arte o sociedad - y reserva, como no podía menos, su más secreta intimidad para lo nimio y lo fisiológico.....*

*Vemos entonces, que no son las grandes cosas, los grandes placeres ni las grandes ambiciones, quienes nos retienen sobre el haz de la vida, sino este minuto de bienestar junto a un hogar en invierno, esta grata sensación de una copa de licor que bebemos, aquella manera de pisar el suelo cuando camina, de una moza gentil, que no amamos ni conocemos; tal ingeniosidad que el amigo ingenioso nos dice con su buena voz de costumbre” ( Julio 1914 )*

Tengo el caso de un hombre, Deficiente Mental Medio, que vive sólo aunque con los auxilios de alimentación e higiene de una tía suya, cuya vida consiste en ir cada mañana con su mula a una finca de olivar cuya propiedad comparte con su hermano y donde realiza pequeñas faenas y se siente verdaderamente a gusto.

El hermano vive en Alicante y ha decidido pasar de ser inquilino a propietario adquiriendo la nueva vivienda con el producto de la venta de la finca.

El hermano que cuida la finca se opone frontalmente a ello y se enemistan gravemente.

El Notario advierte al hermano de Alicante que para vender hace falta el consentimiento de su hermano o del tutor.

El hermano interpone demanda de declaración de incapacidad y pide para si la tutela.

No me he opuesto a una parcial declaración de incapacidad pero si al nombramiento de tutor habida cuenta del acreditado conflicto de intereses entre los hermanos ( El examen personal del demandado es concluyente ) y, en su caso, me opondré a la autorización de venta de la finca porque todas las opciones de felicidad del incapaz pasan por su mantenimiento.

El hermano puede acudir a una acción de división de la cosa común ( Art. 400 C.C.)

En consecuencia:

1º.- Si todo lo que necesita hacer ordinariamente la persona lo puede hacer por si misma, en definitiva, si conserva capacidad para el gobierno de su persona o bienes, la declaración de incapacidad carece de fundamento al no concurrir uno de los requisitos del art. 200 C.C.

2º.- En caso contrario el juego de la incapacidad y la necesidad de suplencia o auxilio por una tercera persona se limitará a aquello que el presunto incapaz tiene necesidad de hacer ordinariamente careciendo de capacidad para ello

He empleado intencionadamente el término “*Ordinariamente*” porque a esta argumentación se le suele responder a menudo que la persona, hipotética o extraordinariamente, puede necesitar realizar determinados actos complejos para los que carecería de capacidad.

Yo contraargumento poniendo de manifiesto lo que alguien ha llamado “*La dignidad del riesgo*”. Todos tenemos que vivir con el riesgo de que nos puedan pasar multitud de cosas pero ello no justifica la adopción de medidas excepcionales. Vivir es arriesgarse.

Entiendo que no tiene fundamento el declarar la incapacidad de una persona por lo que le pueda pasar si sobre ello no hay ninguna certeza y entra en el terreno de la mera conjetura.

En el fondo es un problema de proporción, de qué se gana y qué se pierde. El Principio de proporcionalidad debe ser también uno de los informadores de nuestra actuación.

Son varias las resoluciones judiciales que recogen la posición que he venido expresando:

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Peñarroya-Pueblonuevo de 1 de Septiembre de 1997 - Menor Cuantía nº 270/96

Se trata de una mujer diagnosticada, según informe médico aportado con la demanda, de DEFICIENCIA MENTAL MEDIA Y PSICOSIS DE CARACTER IRREVERSIBLE CON PERDIDA DE MEMORIA Y DEPRESIONES PROFUNDAS

El informe del Facultativo, emitido por el Psiquiatra del Equipo de Salud Mental de Peñarroya-Pueblonuevo, dice refiriéndose a esta mujer:

*“Lleva una vida sencilla y de relativo aislamiento en la cual se maneja satisfactoriamente y pese a las limitaciones está capacitada con una mínima ayuda para gobernar su persona así como para la correcta administración de los modestos bienes que posee ( hace buen uso de la pensión mensual que recibe )*

El Fiscal al evacuar el escrito resumen de pruebas solicitó la desestimación de la demanda

La sentencia que no fue recurrida, desestima la demanda por no estimar que “No se dan los caracteres determinados en el Art. 200 del C.Civil “

<p>Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Posadas de fecha 1 de Octubre de 1997 - Menor Cuantía nº 68/1997</p>
---

Se trata de una mujer de edad avanzada diagnosticada según informe médico aportado con la demanda de BRONQUITIS CRONICA, SINDROME DEPRESIVO Y DETERIORO COGNITIVO LEVE.

El informe Médico Forense se emitió en los siguientes términos:

*“Los déficits cognitivos detectados en la examinada no suponen patología alguna, tratándose de una afectación fisiológica propia de su avanzada edad” para concluir que “Dichos trastornos no afectan en la actualidad de forma importante su capacidad de autogobierno y de administración de sus bienes ( ya están establecidos los mecanismos para que la pensión que tiene la cobre un familiar )”*

El informe del Fiscal fue desfavorable concluyendo

*“En definitiva, la declaración de incapacidad no vendría a proteger nada que no esté ya protegido ni a reportar en consecuencia ningún beneficio a la demandada, en todo caso, el perjuicio, aunque sólo sea anímico, de ver devaluada su situación jurídica a cambio de nada”*

La demanda fue desestimada y la sentencia no fue recurrida

<p>Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 23 de Septiembre de 1997 dictada en virtud de recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Puente Genil recaída en procedimiento de Menor Cuantía nº 162/97 - Rollo 206/97</p>
--

Se trata de una mujer diagnosticada de TRASTORNO DISTIMICO - Neurosis depresiva de origen psicógeno - que según el informe emitido por el Médico Forense, no le impide el gobierno de su persona ni de sus bienes, pudiendo administrar una economía elemental si bien, en relación con operaciones patrimoniales más complejas y para las fases más agudas de la enfermedad, pudiera ser aconsejable la supervisión de terceras personas

Al evacuar el escrito resumen de pruebas el Fiscal al fundamentar la petición de desestimación de la demanda argumenta:

*“En definitiva, si la demandada no tuviese necesidad de realizar operaciones patrimoniales relevantes, tendría toda la capacidad que necesita para la administración de sus bienes.*

*Como quiera que no consta en la causa de la demandada sea titular de un patrimonio que requiera una especial protección, la declaración de incapacidad carece, ajuicio del Fiscal, de fundamento”*

La demanda fue desestimada y la sentencia recurrida. Confirmada en apelación, el Fundamento Tercero de la sentencia de la Sala dice:

*“En definitiva, es claro que el concepto de incapacidad debe ser circunstancial, puesto que deviene como resume el Ministerio Fiscal, de dar respuesta a varias cuestiones:*

*a) Qué es lo que hace el presunto incapaz; b) Qué es lo que necesita hacer y c) Qué es lo que puede hacer por si mismo.*

*A la vista de los informes obrantes en autos y del resto de la prueba practicada se desprende con meridiana claridad, primero, que la demandada no tiene afectadas de forma importante su capacidad de conocimiento, por lo que es capaz de gobernar persona y bienes; y si a ello sumamos que el actor no ha demostrado la necesidad de tener que suplir la capacidad de la misma en alguna y concreta faceta de su actividad, es evidente que debe confirmarse íntegramente la resolución de instancia”*

*El análisis circunstancial puede tener no sólo el efecto negativo de evitar la declaración de incapacidad y consiguiente pérdida de capacidad de obrar, sino un efecto positivo en sentido creador de derechos y obligaciones.*

Lo anterior se entiende bien a través del análisis de la siguiente resolución

<p>Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Peñarroya - Pueblonuevo de fecha 28 de mayo de 1997 recaído en Expediente de Jurisdicción Voluntaria nº 11/1987 sobre excusa y nombramiento de tutor</p>
--

Se trata de una tutora que solicita le excusen de seguir desempeñando el cargo de tutor que ejercía sobre una persona aquejada de DEFICIENCIA MENTAL MEDIA.

El abogado expone que nadie mejor para asumir el cargo de tutor que su hermana que es con quien convive, le cuida y se ocupa de sus asuntos.

Ocurre que la hermana padece DEFICIENCIA MENTAL LIGERA por lo que el Abogado propuso como alternativa que la tutela recayese en una vecina que tiene amistad con ambos hermanos.

El Fiscal al evacuar el trámite de audiencia informa favorablemente la excusa y en cuanto al nombramiento de tutor dice:

*“A pesar del ligero retraso mental que padece D<sup>a</sup> M.L.L. hermana del incapaz, conserva discernimiento suficiente para realizar los actos ordinarios de protección de su incapacitado hermano, sin que sea de prever que vaya a necesitar abordar otros de mayor complejidad o importancia para los cuales, en su caso, siempre podría contar con el consejo y orientación de D<sup>a</sup>. V.M.A. ( vecina amiga ).*

*Si lo fundamental de la institución de la tutela es el afecto, la cercanía de trato y la atención constante, no cabe duda de que la persona que mejor puede desempeñar el cargo es su hermana M.L.L. quien al aceptar el cargo deberá ser informada de las obligaciones inherentes al cargo”*

El Juez estimó la petición de tutela en favor de la hermana.

En caso de que el análisis individualizado de cada situación nos lleve a concluir que existen cosas que el presunto incapaz necesita ordinariamente hacer y carece de capacidad para ello, tendrá sentido plantear la demanda de declaración de incapacidad, corrientemente para transformar la situación de guarda de hecho ( Cap. IV del Libro del Título IX del Libro I del Código Civil ) en Tutela o Curatela.y nos plantearemos el tema de la graduación de la declaración

#### **LA GRADUACION DE LA DECLARACION DE INCAPACIDAD**

A pesar de las buenas intenciones de la reforma operada en esta materia por la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, la mayor parte de las sentencias declaran la capacidad o incapacidad de la persona en términos de todo o nada. Ello puede explicarse por varios motivos pero creo que uno de ellos es que no contamos con un esquema de análisis que permita deslindar aquello para lo cual la persona tiene capacidad y aquello para lo cual no la tiene

En este sentido creo que resulta de gran interés el modo de abordar actualmente el examen de la Discapacidad Psíquica.

En el año 1992 la Asociación Americana de Retraso Mental formula la siguiente definición:

*“El Retraso Mental hace referencia a limitaciones sustanciales en el funcionamiento actual. Se caracteriza por un funcionamiento intelectual significativamente inferior a la media, que generalmente coexiste con limitaciones en dos o más de las siguientes áreas de habilidades de adaptación; comunicación, autocuidado, vida en el hogar, habilidades sociales, utilización de la comunidad, autodirección, salud y seguridad, habilidades académicas, tiempo libre y trabajo. El retraso mental ha de manifestarse antes de los 18 años”.*

Tiene esta definición de distinguir DIEZ AREAS DE HABILIDADES DE ADAPTACION

#### AREA 1 - COMUNICACION

Capacidad para comprender o transmitir información a través de comportamientos simbólicos ( palabra hablada/escrita), o no simbólicos expresión facial, movimientos corporales, etc...)

#### AREA 2 - AUTOCUIDADO

Capacidad para atender su aseo personal, alimentación, vestido, etc...

#### AREA 3 - VIDA EN EL HOGAR

Capacidad para llevar la economía doméstica y cumplir las obligaciones técnicas que ordinariamente se presentan en este ámbito

#### AREA 4 - HABILIDADES SOCIALES

Relacionadas con la capacidad de establecer contactos e intercambios sociales con otros individuos.

#### AREA 5 - UTILIZACION DE LA COMUNIDAD

Hace referencia a las posibilidades de utilización de los recursos de la comunidad como medios de transporte, servicios públicos de toda clase

#### AREA 6 - AUTO - DIRECCION

Habilidades relacionadas con elecciones y toma de decisiones adecuadas, capacidad de reconocer y aceptar los errores.

#### AREA 7 - SALUD Y SEGURIDAD

Habilidades relacionadas con el mantenimiento de la salud, posibilidad de seguir la medicación y mantener hábitos y comportamientos saludables.

## AREA 8 - HABILIDADES ACADEMICAS Y FUNCIONALES

Relacionadas con el aprendizaje y de asimilar conocimientos abstractos más o menos complejos.

## AREA 9 - OCIO Y TIEMPO LIBRE

Posibilidad de participar en actividades deportivas, culturales o de aire libre

## AREA 10 - TRABAJO

Capacidad para desempeñar una ocupación laboral

De acuerdo con este esquema a la hora de explorar la capacidad o incapacidad de una persona se cuenta con diez referencias fundamentales.

Llama la atención que se refieren fundamentalmente al aspecto personal.

Indudablemente que las referencias pueden y deben ser ampliadas a otras relativas a las habilidades para realizar actos o negocios jurídicos patrimoniales ( inter vivos mortis causa ), conocimiento y participación de asuntos públicos ( derecho de sufragio activo o pasivo )

Este esquema no puede trasladarse sin más al colectivo de Enfermos mentales o Seniles pues las referencias sus características son muy distintas pero se puede pensar en el esquema apropiado.

Lo importante es contar con unas referencias más allá de la clásica distinción entre capacidad para el gobierno de la persona o bienes que permita aquilatar en mayor medida el juicio de capacidad/incapacidad.

En este sentido este esquema puede resultar muy operativo a efectos de determinar la extensión de la incapacidad a que alude el Art. 210 del código Civil.

De todo lo anterior se desprende que el Fiscal debe saber muchas cosas para decidir si interpone o no demanda de declaración de incapacidad y, en su caso, con que extensión.

Cuando el Fiscal actúa en el procedimiento como demandado la única manera que tiene se hacerlo es a través de los distintos medios probatorios dentro del procedimiento.

Cuando el Fiscal es el demandante debe tener claro desde el comienzo lo que pretende en relación con la declaración de incapacidad , su extensión y subsiguiente constitución del organismo tutelar.

Para ello son de gran utilidad las Diligencias preliminares.

## LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Las Diligencias Preliminares practicadas por el Ministerio Fiscal en el ámbito civil carecen de regulación legal. Como son necesarias y no contravienen norma alguna, han surgido un poco por generación espontánea.

En cuanto a su naturaleza hay que decir que, aunque puedan tener finalidad similar, nada tienen que ver con las diligencias preliminares de los Arts. 497 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil a pesar de que tengan igual denominación por la sencilla razón de que en estas se desarrolla siempre una actividad Jurisdiccional discrepando los autores sobre su consideración de Jurisdicción Contenciosa o Voluntaria.

Ello no quiere decir que los Jueces de 1ª Instancia no puedan incoar Diligencias de Protección al amparo de lo dispuesto en los Artículos 203 o 216-2 del Código Civil.

En realidad, las diligencias preliminares del Fiscal presentan más similitud, salvando las distancias con las Diligencias de Investigación Penal contempladas en el Art. 5 del Estatuto y Art. 785 bis de la L.E.Criminal.

La Circular 1/1989 de 8 de Marzo sobre el Procedimiento Abreviado puede servir de referencia sobre determinadas cuestiones formales que pueden plantearse en el ámbito civil y que no son estructuralmente muy diferentes de las del ámbito Penal.

### **ASPECTOS FORMALES**

Entiendo que deben estar presididos por la flexibilidad y la sencillez, no obstante me aventuro a dar algunas orientaciones:

La incoación de unas Diligencias preliminares ha de dar lugar a la formación un expediente con su número y a la llevanza de un registro.

El expediente comenzará con la comunicación recibida e inmediatamente se acusará recibo.

El Fiscal podrá pedir los informes que estime oportunos, oír a los parientes y examinar al propio incapaz librándose las oportunas citaciones.

Las personas citadas podrán venir acompañadas de Letrado. Hay que tener en cuenta que el deber de asesoramiento a los particulares que se desprende de la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, se refiere exclusivamente a la Jurisdicción Voluntaria.

Las Diligencias concluirán con un acuerdo en el sentido de interponer la demanda o de no hacerlo debiendo comunicar tal decisión en cualquier caso a la persona que interesó la actuación del Ministerio Fiscal.



<b>CONCLUSIONES</b>
---------------------

1º.- La posición del Fiscal y el fundamento de su actuación está marcado por la legalidad que trasciende del tenor literal de los preceptos concretos y se identifica con los resultados de la interpretación global y armónica del ordenamiento jurídico a través de los criterios que la propia ley establece ( Art. 3 C.Civil ).

2º.- En el procedimiento de declaración de incapacidad, nombramiento de tutor o aquellos relativos a concesión de autorizaciones, el Fiscal no puede perder de vista su configuración y dimensión constitucional ( Art. 124 C.E. - Art. 3 E.O.M.F. )

Una sociedad democrática avanzada debe caracterizarse, entre otras cosas, por el respeto y promoción de los colectivos más desvalidos. Todos los Poderes Públicos tienen este deber ( Art. 9-2 y 49 C.E. )

3ª.- La protección de los derechos de los presuntos incapaces, dentro y fuera del procedimiento se erige como principio rector informador de la actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito.

4ª.- La declaración de incapacidad no puede basarse únicamente en un diagnóstico, es obligado analizar todas las circunstancias concurrentes para saber qué es lo que la persona necesita hacer ordinariamente para realizarse y cual de ello puede hacer autónomamente.

Además de atender a la protección de los Derechos Fundamentales, es preciso cuidar de lo inmediato y cotidiano

5ª.- Para proteger es preciso conocer las peculiaridades de cada colectivo en general ( Enfermos, Deficientes Mentales, Seniles ) y de cada persona en particular.

6ª.- Para cumplir estos objetivos es imprescindible que se concentre la competencia sobre estos asuntos en un determinado Juzgado y en un determinado Fiscal o Fiscales.

Tanto el Libro Blanco de la Justicia<sup>4</sup> como el Libro Blanco del Ministerio Fiscal<sup>5</sup> inciden en esta idea

El Libro Blanco de la Justicia propone la creación de los denominados “*Juzgados de Estado Civil* “ que, entre otras materias, tendría competencia exclusiva sobre internamientos, declaraciones de incapacidad y tutelas y curatelas.

7ª.- En general, es necesario un cambio de actitud hacia estos colectivos pues, más allá de su mayor o menor capacidad de obrar, tienen capacidad para ser felices o desgraciados como cualquiera.

---

<sup>4</sup> Pags. 166 y ss

<sup>5</sup> Pags. 87 y 88.