

## PROCESO DE INCAPACITACIÓN EN DERECHO COMPARADO (ESPAÑA-MÉXICO)

ANGÉLICA LAURENT PAVÓN

### INTRODUCCIÓN

Toda persona, desde el momento de su nacimiento tiene capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones; la legislación mexicana en esta materia reconoce capacidad al concebido no nacido con la condición de que nazca vivo y viable. Dicha capacidad redunda en la aptitud del individuo de ser titular de derechos y obligaciones y hacerlos valer por sí mismos, cosa que sucede al alcanzar la mayoría de edad (18 años), siempre que la persona no padezca alguna enfermedad de carácter físico, psicológico o sensorial que lo inhabilite para obligarse en la vida jurídica.

Derivado de lo anterior, cuando la persona se encuentra en el periodo de minoridad, por disposición de la ley sufre una incapacidad, por lo que para establecer relaciones de derecho requiere necesariamente la presencia de su representante legal, que en un primer momento podemos decir que es quien ejerce la patria potestad, padre y madre o alguno de ellos.

Para el caso de que no exista sobre quién recaiga la patria potestad, será necesario, un procedimiento de incapacidad por minoridad, a efecto de designar un tutor que lo represente y que según el caso podrá ser testamentario, legítimo o dativo.

A diferencia de lo anterior, en caso de que la enfermedad se prolongue para después de la mayoría de edad, o en su defecto se padezca enajenación mental incurable, o alguna enfermedad de carácter físico, psicológico o sensorial, o que haga uso inmoderado del alcohol o de drogas enervantes que por padecer esta afectación lo imposibilite para actuar en la vida jurídica, lo cual conlleva a su correspondiente declaración de incapacidad y por ende lo subsume en un estado de interdicción.

Que duda cabe, que nuestra legislación tiene su antecedente en la legislación de naturaleza española, ya que durante la época de la Colonia, se implan-

taron todas las Reales Ordenanzas vigentes en España, y aún a pesar después de consumada la independencia de México en 1821, el legislador de la Constitución Federal de 1824, previno que se seguirá aplicando toda la legislación española, en tanto los propios Congresos locales no expidieran la ley correspondiente.

El Código Civil Español de 1851, sirvió de base para el anteproyecto de Justo Sierra de 1857, que posteriormente da fundamento al primer Código Civil para el Distrito Federal de 1870.

Así las cosas la legislación española, encuentra plasmada todos los antecedentes que de forma directa o indirecta influyen en nuestra legislación, y esto se da a notar en virtud de la redacción de las disposiciones en materia de incapacitación.

La redacción original del Código Civil Español en su artículo 213 prevenía el nombramiento de tutor para los locos, dementes, sordomudos; esta disposición es similar a la de su correlativo del Distrito Federal el cual prevenía como incapacidad legal a los idiotas, imbeciles, sordomudos que no sabían leer ni escribir. Esto es muestra clara de la influencia en el presentada.

Al reformarse las legislaciones españolas de la materia se modifican los términos antes señalados para establecer incapacitación por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, reformas que repercute directamente en la mexicana el cual también sufre modificaciones en el mismo sentido.

A pesar de lo anterior, la legislación española, va un paso adelante, ya que procesalmente se previene para la declaración de incapacitación un procedimiento de menor cuantía y no una jurisdicción voluntaria, como lo previene la legislación civilista distritense.

Se pretenderá estudiar este procedimiento a la luz del derecho comparado, para concluir en la necesidad que se tiene de reformar el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en esta materia y así proceder a una mejor defensa y seguridad jurídica de los intereses del discapacitado.

Por último cabe hacer mención que no se previene en la legislación mexicana un proceso de discapacitación para el estado de prodigalidad como si sucede en la norma comparada.

## CAPÍTULO I

### 1.1. DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

#### 1.1.1. *Concepto y definición*

La capacidad de las personas físicas se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, la primera es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda de poderlos hacer valer por sí mismos.

Se debe diferenciar entre la incapacitación legal o natural de la jurídica, en el segundo caso, se refiere a una incapacitación en la cual el sujeto no puede ni

por sí mismo, ni a través de representante, el realizar actos jurídicos, ya que jurídicamente tiene una imposibilidad para ser titular de determinados derechos y obligaciones (v.g. Un extranjero no tiene derechos políticos), y la incapacidad legal o natural, para lo cual el discapacitado, no puede hacer valer por sí mismo los derechos y obligaciones, pero sí puede hacerlo valer a través de un representante, ya sea quien ejerza la patria potestad o la tutela.

La capacidad de goce también se puede definir como la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha relación o situación.

COLIN y CAPITANT la define como: "La aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones y en todos casos si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar.

La capacidad de ejercicio es: "La aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación."<sup>1</sup>

### 1.1.2. Antecedentes

En el derecho romano, rigió el principio de que el concebido se le tiene por nacido, aunque durante el periodo de la gestación la existencia del *nasciturus* depende de la vida de la madre y siempre que éste nazca con determinados requisitos, se le tiene por nacido. La escuela de los proculeyanos, tomaban como dato cierto el llanto del recién nacido, y que tuviera figura humana, mientras que los sabinianos sostuvieron que el parto era perfecto por el término del embarazo de la madre y el tiempo transcurrido entre la concepción y el parto, ya que se consideraba que era tiempo suficiente para la formación orgánica para poder vivir con vida propia.

Los germanos tomaban en cuenta otros datos como la publicidad del nacimiento.

El fuero juzgo consideraba que se podía otorgar herencia si este era bautizado y vivía más de 10 días.

Las Siete Partidas acogieron el principio romano del nacimiento perfecto es decir la sobrevivencia del feto fuera del vientre materno.

El Código Napoleónico de 1804 exigía que además de la vida propia, fuera viables es decir que sobreviviera extrauterinamente.

### 1.1.3. Adquisición y pérdida de la capacidad

La capacidad de goce se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, sin embargo al concebido se le tiene por nacido para determinados

<sup>1</sup> AMBROISE COLIN y HENRI CAPITANT, citado por Ignacio Galindo Garfías, *Derecho Civil*, México, Ed. Porrúa, 1980, p. 385.

efectos reconocidos por el código (art. 22 Código Civil en materia federal para toda la República y en materia común para el Distrito Federal, en lo subsecuente C.C.D.F.).

Por lo tanto el concebido se le tendrá por nacido siempre que nazca vivo y viable, entendiéndose por viabilidad que sobreviva más de 24 horas fuera del vientre materno o que sea presentado vivo ante el juez del Registro Civil (art. 337 C.C.D.F.).

La viabilidad se puede ver en dos sentidos:

a) Propio o intrauterino. Es la madurez del feto por el tiempo de embarazo de la madre, que debe de ser tal que permita médicamente señalarse que el feto ha adquirido vida dentro del seno materno, para prolongarse está fuera del mismo.

b) Viabilidad impropia. Es la capacidad de vida extrauterina del feto, prescindiendo de su completa o incompleta formación intrauterina, atendiendo a la fuerza vital del recién nacido.

Hay autores como Coviello que señalan que el concebido no es objeto de protección jurídica independiente de la que le corresponde a la madre, por lo que antes del nacimiento, el feto no tiene personalidad jurídica. Sin embargo si esto fuera cierto no existiría el delito de aborto (privación de la vida del producto en cualquier época de la preñez), ni los derechos reservados para el concebido una vez que se realice el nacimiento, como son la capacidad de heredar, y de hecho existe la curatela al vientre. (C.C.D.F. 1313 y 1314).

El fundamento de la protección se basa en un posible nacimiento por lo tanto la adquisición de los derechos está subordinada a que nazca vivo y viable, ya que en caso contrario no hay transmisión de derechos.

Rojina Villejas establece que es una condición resolutoria negativa, ya que es un acontecimiento futuro de realización siempre incierta del cual depende que se extingan derechos y obligaciones, y no puede ser condición suspensiva no se le reconocería personalidad al producto desde su concepción, por lo tanto depende de que nazca, y si no es viable, la personalidad de todas maneras se le reconoce desde su nacimiento.

La capacidad se acaba con la muerte y está jurídicamente muerta una persona de conformidad con la Ley General de Salud, en su art. 317, cuando se reúnen los siguientes elementos:

- a) Ausencia completa y permanente de la conciencia.
- b) Ausencia permanente de respiración espontánea.
- c) Falta de percepción y respuesta a los estímulos externos.
- d) Ausencia de los reflejos de los pares craneales y medulares.
- e) Atonía muscular.
- f) Término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal.
- g) Paro cardiaco irreversible.

Cuando se comprueba que se han reunido estos elementos el médico levanta un certificado de defunción, y con este se procede a solicitar el acta de la misma denominación de conformidad con los artículos 117 a 129 del C.C.D.F.

En algunos casos, como es el de fallecimiento por accidente, es importante el determinar el momento de la muerte, ya que es en este fallecimiento, cuando se da inicio a la sucesión testamentaria o legítima de la persona, por ello el maestro Quiroz Cuarón determina que hay tres momentos en la muerte:

- a) Inmediatos. Pérdida de la conciencia.  
Insensibilidad.  
Inamovilidad y pérdida del tono muscular.
- b) Consecutivos. Evaporación tegumentaria.  
Enfriamiento del cuerpo.  
Lividez cadavérica.  
Rigidez cadavérica.
- c) Transformativos. Putrefacción.  
Maceración.  
Saponificación.  
Momificación.

No en todos los casos el fallecimiento ocurre en presencia de un médico y como es decisivo el determinar el momento de la muerte para la transmisión hereditaria, se puede presentar el problema de la permorencia y la commorencia.

El derecho romano y el C.C. francés atendiendo a la edad y el sexo (viven más los varones que las mujeres y más los mayores de 14 y menores de 60 que los de las demás edades), por lo que sí falleció un hombre y una mujer que entre sí se deben la herencia, se transmitía la propiedad de los bienes de la mujer al hombre por considerarse permorencia.

El C.C. Español resolvió atendiendo sosteniendo que quien decía que había muerto uno antes que el otro debería de probarlo, y a falta de prueba se entendían muertos al mismo tiempo.

El C.C.D.F. de 1928 en el art. 1287 establece que sino se puede probar quien murió antes que el otro se entienden muertos al mismo tiempo, por lo tanto acoge el principio de la commorencia.

#### 1.1.4. Grados de capacidad de goce

Para poder hablar de los grados de la capacidad hay que diferenciar entre dos esferas jurídicas.

1. Esfera patrimonial. Que se integra por todos los bienes y derechos que pueden ser sujeto de apropiación, es decir por los derechos de crédito o personales y los derechos reales, conjunto de facultades apreciables en dinero de manera directa o indirecta, pero susceptibles de estimación pecuniaria (hay que recordar que los derechos reales son el de propiedad, uso, usufructo, habitación y servidumbre).

2. Esfera extrapatrimonial. Está integrada por los derechos subjetivos que no son valuables en dinero (derecho subjetivo es el conjunto de derecho y

obligaciones que se atribuyen o pertenecen a una persona), y se dividen en derechos subjetivos públicos (derechos políticos, del ciudadano, de acción de petición, garantías individuales) y derechos subjetivos privados (patria potestad, tutela, estado civil, etc.).

Primer grado.—El concebido no nacido con la condición de que nazca vivo y viable. En este se permite al embrión humano tener derechos de la esfera patrimonial, como es el ser sujeto de donaciones, herencias o legados; también es la base para fijar el carácter de hijos legítimos o naturales y la protección del derecho a la vida. No tiene derechos de la esfera extrapatrimonial; en lo que respecta a los derechos del estado civil derivados del parentesco, existe un reconocimiento sujeto a condición resolutoria, como ya se apuntó (C.C.D.F. 324 a 329).

Segundo grado.—Menores de edad. Son aptos y capaces de ser titular de derechos y obligaciones, tienen los derechos de la esfera pecuniaria, pero no tienen los derechos públicos subjetivos. Por lo que respecta a los derechos subjetivos privados como podría ser la patria potestad, no la tienen de manera general, pero excepcionalmente sí son emancipados (menores de 18 años, mayores las mujeres de 14 y los hombres de 16 que contraen matrimonio) sobre sus hijos legítimos (de matrimonio); por lo tanto los menores de edad tienen restringida su capacidad de goce:

- a) Para celebrar matrimonio (hombres 16 y mujeres 14) art. 149 C.C.D.F.
- b) Derecho para adoptar (no lo tienen ya que se requiere para ser padre adoptivo una edad mínima de 25 años) art. 390 C.C.D.F.
- c) Derechos ser tutor (no lo tienen) art. 503. frac. I C.C.D.F.
- d) Derecho a reconocer hijos naturales, y a atribuirse la paternidad o maternidad de los mismos (no lo tienen) art. 362 C.C.D.F.
- e) Derecho para testar (testamento público abierto si son mayores de 16 años, no así para los demás tipos de testamento ordinario como son el público cerrado, público simplificado u ológrafo ni los especiales como son el privado, marítimo extranjero o de guerra) art. 1306 C.C.D.F.
- f) Derechos políticos (no lo tienen, ya que estos se adquieren con la ciudadanía, que es a los 18 años), art. 34 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tercer grado.—Los mayores de edad en pleno uso y goce de sus capacidades mentales. La excepción es la fracción II del art. 450. C.C.D.F. Para el caso de los mayores de edad perturbados de su inteligencia, no afecta su capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir para ser titular de derechos y obligaciones del orden pecuniario, pero sí afecta a los derechos extrapatrimoniales, como son los públicos subjetivos y privados, como sería el ejemplo de la patria potestad, ya que quien se encuentra en la hipótesis normativa no puede desempeñar dicho cargo.

Existe una incapacidad relativa de goce, como sería el caso de los extranjeros, ya que estos no pueden adquirir bienes inmuebles en la franja fronteriza (100 km. a lo largo de las fronteras y 50 km. a lo largo de las playas), tampoco pueden intervenir en sociedades que tengan cláusula de exclusión de

extranjeros, y en las que tenga cláusula de admisión, deben adherirse a la cláusula Calvo, que consiste en considerarse como mexicanos para los efectos inherentes a la adquisición de partes sociales y esta estipula que "Todo extranjero que invierta en una sociedad, renuncia a invocar la protección de su gobierno, en caso de conflicto, bajo pena de perder todo en beneficio de la nación mexicana"; tampoco pueden intervenir en derechos políticos, por lo que no podrán votar ni ser votados.

Otra imposibilidad relativa es para los cónyuges casados bajo el régimen de sociedad conyugal, por lo que respecta a contratar entre sí ya que se encuentran imposibilitados (art. 173 y 175 C.C.D.F.).

En términos generales según el art. 2º del C.C.D.F. la capacidad jurídica es para el hombre y la mujer, de manera igual, supuesto también plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como garantía constitucional (art. 4º).

#### *1.1.5. Grados de discapacidad de ejercicio*

Primer grado.—El concebido no nacido con la condición de que nazca vivo y viable. No tiene y se ejerce a través de su representante que es la madre.

Segundo grado.—Menores de edad. Desde su nacimiento hasta su emancipación. Tienen discapacidad natural y legal total, ya que no pueden ejercer por sí mismos sus derechos y obligaciones y requieren un representante.

Aquí hay que diferenciar entre los distintos tipos de bienes:

a) Bienes adventicios. Se adquieren por cualquier título, como sería donación herencia, juegos de azar; respecto de estos no tiene la administración ni el dominio de los bienes.

b) Bienes adquiridos por su trabajo. Tienen capacidad para administrarlos.

Tercer grado.—Menores de edad emancipados. Pueden realizar actos de administración sobre sus bienes muebles e inmuebles y actos de dominio solo sobre los muebles, art. 643. C.C.D.F. No pueden comparecer a juicio.

Cuarto grado.—Mayores de edad privado de inteligencia. Tienen una discapacidad total y requieren representación. Para los actos jurídicos familiares como sería matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción, son actos personalísimos y por lo tanto estos, ni siquiera admiten representación.

Tampoco pueden celebrar contratos ni aún en intervalos de lucidez, en estos momentos, solo pueden realizar testamento (llamado testamento de loco, el cual se otorga, en presencia de un notario público y con dos médicos facultativos que comprueben el intervalo de lucidez, ante el juez).

#### *1.1.6. Representación*

La representación supone a un sujeto denominado representado que otorga a otro denominado representante para que este actúe en nombre y por cuenta

de aquel, de tal manera que las consecuencias jurídicas de los actos que realice, afecten el patrimonio, la persona o el status del representado.

A pesar de que el representante toma parte en la celebración o ejecución del acto, no es propiamente parte del mismo, siendo por lo tanto el representante un tercero extraño a la relación jurídica. Así a través de la representación, la voluntad de una persona capaz se sustituya en la voluntad del incapaz o de quienes no pueden por sí proponerse fines por carecer de voluntad propia, de modo que el negocio celebrado por el representante produce sus efectos como si lo hubiera celebrado el representado.

En consecuencia la sustitución del propio interesado por otra persona, en la celebración del acto jurídico puede tener lugar:

a) En la sola emisión de la voluntad, por lo que el representante es solo un nuncio o mensajero cuya misión es la exteriorizar la voluntad del representado, a esta se le denomina representación directa.

b) En la formación de la voluntad misma, y solo en este caso es una verdadera representación, ya que se requiere un nuevo acto para retransmitir los efectos al patrimonio, persona o status del representado; siendo esta la representación indirecta.

Para explicar la representación se han creado dos teorías:

a) Teoría de la ficción. La voluntad del representante no es la suya propia sino la del representado y por lo tanto el representado actúa, a través del representante como si fuera una ficción y se subsumiera en este.

b) La voluntad del representante es la que actúa, en consecuencia es la que da origen al nacimiento del acto, por lo que este es el que debe reunir los elementos necesarios de capacidad previstos por la norma, exentos de vicios.

La mayoría de los actos jurídicos en nuestro derecho admiten representación, a excepción de los personalísimos que solo pueden llevarse a cabo por su titular, como es el caso de la adopción, el divorcio voluntario (juntas de aveniencia), reconocimiento de hijos.

La representación puede ser de dos tipos:

a) Legal. Supone que el sujeto representado es incapaz, y la ley lo impone, independientemente de la voluntad de los interesados, patria potestad y tutela).

b) Voluntaria o convencional. Una persona capaz faculta a otra también capaz, para que a su nombre y por su cuenta celebre un acto jurídico. En este caso no se suple la falta de capacidad, sino que supone que esta exista en forma plena y solo es con el objeto de facilitar el acto, el cual podría llevarse a cabo directamente por el representado.

## 1.2. REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE INCAPACITACIÓN

Las disposiciones originales del Código Civil en esta materia señalaba cuatro supuesto para la incapacidad y que a saber son:



1. Los menores de edad.
2. Los mayores de edad privados o disminuidos de inteligencia por locura, imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
3. Los sordomudos que no saben leer ni escribir.
4. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

En virtud del artículo segundo del decreto que reforma diversas disposiciones del C.C.D.F. publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de fecha 23 de julio de 1992, se derogan las fracciones III y IV y se produce una transformación radical de la fracción II, por la cual los tres últimos supuesto se subsumen en uno solo y que a saber queda redactado de la siguiente manera:

“ART. 450...

- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados de su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”<sup>2</sup>

Las normas sobre incapacidad tienen un fundamento biológico, la falta o la merma en el discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses, puede provenir de la falta de madurez intelectual, como sería para el caso del menor de edad o por un subdesarrollo mental congénito e irreversible como en el caso de los denominados “idiotas” e “imbéciles” o por alteración de las facultades mentales en los supuestos de locura, de la misma manera se puede presentar cuando esta alteración se produce por el uso inmoderado de drogas enervantes o del alcohol que se traduce en una imposibilidad de adecuada comunicación e interacción con la sociedad como es el caso de los sordomudos que no saben leer ni escribir.

Es importante señalar que se encuentran ubicados dentro del capítulo de la tutela, más sin embargo, es de tal importancia que trasciende a la misma y se ubica en un plano superior y es de alcance general por lo que no se puede aplicar por analogía o por mayoría de razón.

La *ratio legis* de la reforma fue el reivindicar la figura del incapacitado, para darle mayor dignidad a la persona que por alguna circunstancia se encuentra ubicado dentro de algún grado de incapacitación y más aún, que por los avances científicos, se permita no solo proteger a los enumerados específicamente en la redacción original del código, sino que todas aquellas personas que de una u otra suerte se encuentre con una enfermedad de carácter físico,

<sup>2</sup> *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, comentado*, tomo I, 3ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993, p. 302.

psíquico o sensorial, y que por ello se encuentren imposibilitados para obligarse por sí mismo, la ley les da su protección, ya que médicamente se ha probado que existen otro tipo de alteraciones que no se enumeraban específicamente y que no por esto dejaba de ser un motivo de incapacitación, como sería para el caso de la esquizofrenia, y muchas otras enfermedades de carácter psicológico.

REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO  
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

DE LA TUTELA

ART. 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordomudos que no saben leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso de inmoderado de drogas enervantes.

REFORMA AL CÓDIGO CIVIL PARA EL  
DISTRITO FEDERAL, PUBLICADA EN EL  
D.O.F. DE FECHA 23 DE JULIO DE 1992

DE LA TUTELA

ART. 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.
- III y IV. Derogadas.

CAPÍTULO II

*La incapacitación*

2.1. LA INCAPACITACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL. (CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN)

Esta es una figura moderna, por la cual la situación jurídica de una persona se basa en un concepto objetivo que es una declaración judicial, que determina la capacidad de obrar de un sujeto por sí mismo ante una relación jurídica con terceros, produciéndose un cambio de estado, reduciéndolo a una condición de tutelado.

Se define como:

*"El acto judicial que modifica el estado civil de una persona, sometiéndola a una especial tutela".<sup>3</sup>*

En sus orígenes la incapacitación del loco o imbecil tenía un máximo alcance tanto de la persona como de sus bienes; los sordomudos se consideraban con un grado de incapacidad natural, que según se determinara en la declaración judicial, se mediría la extensión de los límites de protección de su persona y bienes en tanto que para el caso del prodigo solo se refería a la custodia de los bienes en protección de la familia más cercana.

Con las reformas del año de 1983 a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al propio Código Civil, se realiza un cambio sustancial en la concepción original que de estos términos se venía realizando, ya que no se refiere a la "tutela de los locos y los sordomudos", sino "a la incapacitación"; refiriéndose por tanto como causas de incapacidad, que se desarrollaran más adelante a todas las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo, y para el caso de la minoría de edad, solo se presentará este proceso de incapacitación cuando en el menor se presente alguna de las causas antes enumeradas y que persistan para después de la mayoría de edad.

Cabe hacer notar que antes de la reforma solo se refería a los locos, dementes y sordomudos, términos que actualmente, la ciencia médica ha rebasado, por existir otro tipo de enfermedades más graves, y si no más graves, son de igual magnitud, que en verdad imposibilitan al sujeto para su actuación en el mundo del derecho y que eran desconocidas para la ciencia. Por lo cual, fue necesario que la norma se actualizara e incluyera una mayor gama de posibilidades en protección de la persona y los bienes de los discapaces.

La legislación española, al igual que la mexicana señala como prerequisite para iniciar cualquier proceso de incapacidad el estudiar a contrario sensu la figura de la capacidad.

Se prevé la posibilidad para un proceso de "Incapacitación", el cual tiene como presupuesto primordial la presencia de la calidad de persona, lo cual implica, jurídicamente que exista la personalidad y por ende la capacidad jurídica, misma que inicia desde el nacimiento del ser humano.

Así las cosas se debe atender a la capacidad como:

1. La aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, así como hacerlos valer por sí mismos, la cual es inherente a la persona en tanto no se compruebe lo contrario.

2. La incapacidad como ausencia de la misma, para actuar por sí mismo en el cúmulo de relaciones jurídicas, la cual necesariamente deberá de ser declarada judicialmente; está por tanto podrá ser absoluta, en tanto imposibilite al sujeto para realizar cualquier acto jurídico, o en su defecto relativa, es de-

<sup>3</sup> FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 729.

cir solo para la realización de determinados actos, pero de uno u otros modo deberá de determinarse judicialmente su alcance y extensión.

En vista de lo anterior se puede definir la incapacitación como:

*"Acto jurídico que al operar la modificación absoluta o relativa del ser jurídico de la persona, o sea, su personalidad, la somete a tutela curatela".<sup>4</sup>*

Derivado de lo anterior se desprende que si no existe una sentencia judicial que declare la incapacidad, basándose en alguna de las causas expresamente señaladas en la ley, no existirá tal incapacidad, esto se ve confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Superior, por el que ninguna persona podrá reputarse como incapaz, y por tanto gozará de plena lucidez mental y en pleno uso y goce de sus derechos, en tanto no exista una sentencia judicial que lo determine.

## 2.2. CAUSALIDAD DE LA INCAPACIDAD EN DERECHO HISPANO

Así, son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes, siempre que estas sean de carácter físico o psíquico, cuando estas impiden que la persona se pueda gobernar por sí misma.

La redacción original del código civil, estableció, que para que se pudiera determinar la incapacidad, se reuniera el requisito de demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad así como la interdicción de carácter civil, más sin embargo la reforma al dejar el marco abierto permite siempre que se trate de una enfermedad física o psíquica, no limitando a grupos como los señalados, permite que la medicina y sus avances médicos prevean que existen personas que se encuentren incapacitadas que antes no se contemplaban y que requieren la protección de la ley por vicios o imperfecciones humanas; así las cosas hay enfermedades de carácter psicológico que también impiden que la persona se pueda obligar por sí misma en la vida jurídica.

## 2.3. CLASIFICACIÓN

### 2.3.1. *Por enfermedad*

De lo anterior se encuentran tres categorías que originan la incapacidad:

1. Derivadas de alteraciones o deficiencias psíquicas o mentales, como lo oligofrenia en sus distintos grados, y no solo la locura y enajenación, sino estados patológicos del psique, que conllevan a un trastorno de la esfera intelectual y volitiva.

<sup>4</sup> JOSÉ LUIS ALBACAR LÓPEZ y MARIANO MARTÍN GRANIZO, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, tomo III, 3ª ed., Madrid, España, Editorial Grefol, S.A., 1992, p. 1168.

2. Las derivadas de alteraciones o deficiencias de carácter físico, incluye por tanto los conceptos de deficiencia mental, no solo como ya se mencionó el de idiotismo e imbecilidad, sino los demás grados y tipos de enfermedades mentales, que por diversas causas se presenten; de igual manera los sordomudos o los ciegos que no sepan leer ni escribir se encuentran dentro de estas categorías. Sin embargo por la amplitud del concepto también se estaría ante la presencia de defectos o pérdidas de las funciones del lenguaje siempre que afecte la comprensión o la expresión de las palabras, como consecuencia de una alteración al centro del lenguaje, cuando se altera la triple esfera auditiva, táctil y visual; de igual manera quedarían incluidos las deficiencias en hemisferios cerebrales, de la parte superior del tronco cerebral, como consecuencia de neoplasias intercraneales que en grado extremo podría ser estado de coma.

3. Las derivadas de alteraciones o deficiencias psico-físicas, dentro de estas podemos encontrar la demencia senil; la drogadicción (toda vez que la dependencia a las drogas inhabilita al sujeto para obligarse por sí mismo); alcoholismo (siempre que exista verdadera dependencia a esta sustancia, y que tenga por consecuencia en su estado mental como alucinaciones auditivas de naturaleza paranoica, esquizofrenia, alteraciones de la memoria, etc.).

De cualquier manera nos referimos a alteraciones o deficiencias que sean de carácter permanente y habitual y no meramente transitorias, ya que en este último caso, solo se afectará a la relación jurídica en particular por ejemplo la nulidad de un testamento o la inexistencia de un contrato.

El impedir que el sujeto se gobierne a sí misma, no solo se refiere al aspecto subjetivo de la persona en sí misma, sino a su carácter patrimonial u objetivo, que recae sobre los bienes del incapacitado.

Los menores de edad cuando concurren en ellos causas de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

### *2.3.2. Por minoría de edad*

Es importante el señalar, que para el caso de la minoría de edad, no es necesario el declarar la incapacidad, salvo que se prevea que pueden subsistir alguna de las causas enumerada en el apartado A que antecede, después de la mayoría de edad.

Existe en la doctrina una clasificación de tres tipos de incapacidad respecto de los menores de edad, la primera de ellas se refiere a la preincapacitación, que en si misma se justifica en razón de la minoría; la segunda de ellas se refiere a la incapacitación futura, es decir que incurra en alguna de las causas del apartado A, aquí es importante señalar que si está bajo patria potestad, esta continua en tanto no se alcanza la mayoría de edad, más sin embargo se puede promover un juicio de incapacitación sujeto a la condición suspensiva antes mencionada; la tercera de ellas es la incapacitación latente,

que implica la posibilidad de incurrir en los supuestos de padecer una enfermedad física o psíquica de carácter permanente que lo imposibilite para actuar en la vida jurídica.

### 2.3.3. *Por prodigalidad*

Se entiende por prodigo “desgastador de sus bienes”, este es el sentido usual y gramatical del vocablo por el cual se refiere a aquellas personas que disipan, malgastan o utilizan su patrimonio o hacienda de manera inútil. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como:

*“Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, pero todo ello ha de relacionarse con la situación económico-social de la persona de que se trate para saber si los gastos que realiza son desproporcionados con dicha situación”.*<sup>5</sup>

Todo ello se traduce en una conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio a la ligereza, poniendo en peligro, de manera injustificada su patrimonio, siempre en perjuicio de la familia. Esto se manifiesta como un desequilibrio siempre dentro de un marco económico, el cual tiene por características las siguientes:

1. Una conducta desordenada y ligera, no meramente desacertada, en la gestión o uso del patrimonio, como consecuencia de un espíritu desordenado o por desarreglo a la costumbre.

2. Conducta habitual, ya que los gastos excesivos, pero aislados, no pueden considerarse prodigalidad.

3. Que ponga en peligro de manera injustificada la conservación del patrimonio, con perjuicio de los acreedores alimentista, que por vínculos de parentesco puedan exigir el cumplimiento de una deuda alimenticia.

Si bien es cierto que en el estudio de la incapacidad de las personas físicas no contempla actualmente la legislación española el caso de los pródigos, también es cierto que dentro de las personas que se encuentran sujetas a un procedimiento de curatela se encuentran estos, dicho lo cual se consideran por extensión un caso de incapacidad, y en este sentido encontramos que la prodigalidad, sujeto a protección por la institución de la curatela restringe la posibilidad de realizar actos de administración y disposición de su patrimonio, siempre que haya sido vencido en juicio y exista una sentencia que así lo declare, siendo en esta la que señale la limitación en su esfera patrimonial y de negocios.

Cabría distinguir, entre quienes pueden ser considerados pródigos, y así se contemplan varios supuestos:

<sup>5</sup> *Diccionario de la Real Academia* citado por Albarca de Castro. *Ibidem*, p. 1309.

1. Los menores de edad no emancipados. No son sujetos de proceso por prodigalidad, toda vez que el mismo se encuentra sujeto a la patria potestad y no puede realizar la administración de sus bienes.

2. Los menores de edad emancipados. Para este supuesto es procedente diferenciar si son bienes adventicios (adquiridos a título gratuito) o si son adquiridos por su trabajo. Para el segundo supuesto no cabe duda de la posibilidad de interponer este tipo de procesos, cuando siendo mayor de 16 años pueda constituirse en alimentista de sus ascendientes por disposición de la ley, para el primer caso si existe disposición del donante o testador le confieran la administración de los bienes si es procedente la prodigalidad.

3. Los mayores de edad. Es necesario el diferenciar si tiene parientes con los cuales se encuentre obligados al pago de alimentos. Si el pródigo tiene cónyuge, ascendientes o descendientes que tengan legitimación procesal para reclamarlos, entonces será procedente la incapacidad, en caso de que no tenga herederos forzosos.

### CAPÍTULO III

#### *Procedimiento de discapacidad en Derecho Mexicano*

##### 3.1. PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

El artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, permite la tramitación, en procedimientos de jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en los cuales, sin existir litigio entre las partes se necesita la intervención de la autoridad jurisdiccional, por lo que presupone la no existencia de un conflicto entre las partes.

Para poder iniciarse un procedimiento de tutela, es necesario declarar el estado de minoridad o de incapacidad de las personas que van a quedar sujetas a ella.

Está legitimado para poder solicitar la declaración:

1. El menor si ha cumplido diecisiete años.
2. Cónyuge.
3. Presuntos herederos.
4. Albacea.
5. Ministerio Público.

Cuando se trata de declaración de minoridad, se deberá de acompañar de un certificado del Registro Civil (acta), con lo cual el juez lo declarará sin mayor trámite, en caso de que esta no se acompañe, el juez deberá de citar a una audiencia dentro del tercer día, al que concurrirá el menor si es posible y el Ministerio Público, en la cual, basándose en la apariencia del menor o con base en información presentada a través de testimoniales o periciales (que tienen mayor fuerza probatoria), que se rindan en dicha audiencia, resolverá si procede o no a declarar la minoridad.

Por lo que respecta a la declaración de incapacidad por causa de demencia, el CPCDF previene dos tipos de sustanciación:

A) Un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Es relativamente breve, siempre que el tutor del presunto incapaz y el Ministerio Público estén conformes con el solicitante, a través de una resolución judicial que declare o deniegue la interdicción, con base en dictámenes médicos-psiquiátricos ofrecidos a efecto de verificar la incapacidad.

B) Juicio ordinario. Este procedimiento se llevará a cabo para el caso de que exista oposición de alguna de las personas que tengan interés legítimo para hacerlo. Ante dicho supuesto el presunto incapaz tendrá derecho, haciéndolo valer, por sí mismo o a través de un tutor interino, siendo este designado por el juez.

Es importante señalar que este procedimiento viola la garantía de audiencia (derecho de defensa en juicio), previsto por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que no son respetadas las formalidades del procedimiento, ya que declarándose ésta, se priva al incapaz de sus derechos. En esta resolución solo se requiere la conformidad del tutor interino del presunto incapaz y la del Ministerio Público.

### 3.3.1. *Medidas cautelares*

1. Legitimado el solicitante de la declaración (recibida la demanda de interdicción), el juez acordará las medidas tutelares conducentes a efecto de asegurar la persona y los bienes del señalado como incapaz y se deberá de acompañar certificado de un médico alienista o un especialista; en su defecto informe fidedigno de personas que justifique o cualquier otro medio convincente que justifique la necesidad de que se tome esta medida.

2. Aseguramiento de la persona y bienes del presunto incapaz.

3. Que el que ejerce la custodia del presunto incapaz se abstenga de disponer de los bienes de este.

4. Que el presunto incapaz sea oído personalmente o a través de su representante.

### 3.1.2. *Sustanciación*

Admitida la solicitud, el juez citará a una primera audiencia, en donde dos médicos alienistas, del Servicio Médico Legal (Servicio Médico Forense o de Instituciones Médicas Oficiales), en presencia del solicitante, del juez y del Ministerio Público procederán a certificar el grado de incapacidad, para el caso de ser procedente, se tomarán las siguientes medidas:

a) Nombramiento de tutor y curador interino, cargos que deberán de recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempe-



ñarlos; padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los de mayor edad. En el caso de abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de estas persona, o de no ser aptas o hábiles para el desempeño del cargo, el juez deberá de nombrar con toda escrupulosamente deberá de nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriéndose a las que sean parientes o amigos del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o de comunidad de intereses o dependencias con el que realizó la solicitud de declaración.

b) Los bienes del incapaz, se encontraran bajo la administración del tutor, en caso de estar casado bajo régimen de sociedad conyugal, los bienes quedarán en administración del otro cónyuge.

c) En caso de que el presunto incapaz ejerciere la patria potestad o tutela de descendientes o parientes colaterales, proveerá lo necesario para el ejercicio de las mismas, el cual recaerá en el tutor interino del presunto incapaz.

Contra esta resolución, procede el recurso de apelación en efecto devolutivo.

El juez citará a una segunda audiencia y procederá a ordenar un segundo examen médico, designando los peritos el mismo, que deberán de ser diferentes a los que examinaron al presunto incapaz por primera vez. En caso de discrepancia entre el primero y segundo examen, se citará a una junta de aveniencia para resolver la discrepancia, en caso de no ser procedente, se nombrará peritos tercero en discordia.

En base a las periciales el juez declarará o denegará la interdicción.

Si en la audiencia pública existiere oposición del tutor interino o en su defecto del Ministerio Público, la declaración no podrá llevarse a cabo en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino en un juicio ordinario, en donde se le dará la oportunidad al presunto incapaz de hacer valer por sí mismo, independientemente de su representante legal lo que a su derecho convenga.

El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres medios por lo menos, el juez puede en cualquier audiencia hacer cuantas preguntas considere convenientes para calificar el resultado de sus pruebas.

Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección de la persona y la conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurre urgente necesidad de otros acto, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

### 3.1.3. *Sentencia (efectos)*

En la declaratoria de minoridad o incapacidad se nombrará al tutor definitivo el cual deberá de aceptar o negar el cargo, en caso de que lo niegue

deberá expresar los impedimentos o excusas para ello, en un término de cinco días a partir de su nombramiento. Aceptado el mismo procederá a garantizar a través de fianza, prenda o hipoteca su ejercicio y posteriormente el juez realizará la discernición del cargo, procediendo a investirlo de su cargo.

El estado de interdicción declarada judicialmente termina con la muerte del incapaz o por sentencia definitiva, pronunciada en juicio en donde se compruebe que han dejado de existir las razones por las que se declaró la interdicción.

#### 3.1.4. *Gastos, costas y cosa juzgada*

Por lo que respecta al pago de gastos y costas judiciales entendiéndose estas como el los gastos y erogaciones que se generan como consecuencia de un proceso, como podría ser los honorarios de abogados, gastos de publicación de edictos, peritos, etc. siempre que estas sean legítimas y susceptibles de comprobación legal; en estricto sentido no se refieren a los generados de carácter judicial sino procesal, toda vez que por disposición constitucional la impartición de justicia es gratuita.

Para el caso de una sentencia definitiva generalmente cada parte asume los gastos que se generen, y solo habrá condena para el caso que se compruebe la temeridad o mala fe (criterio subjetivo) o cuando se vence en juicio (criterio objetivo), en caso de que si exista condena se tramitará un incidente de liquidación de gastos y costas.

Para el caso de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en virtud de que no se presentó un conflicto entre las partes, no existe la condena de gastos y costas procesales, más sin embargo, la legislación del Estado de Sonora, República Mexicana; considera que para el caso de sentencias declarativas o constitutivas prevé el pago de gastos y costas, cuando del proceso resulte que se promovió de manera temeraria o de mala fe.

### 3.2. JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Se define como:

*“Un conjunto de procedimientos a través de los cuales, se solicita de una autoridad, que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida”.*<sup>6</sup>

<sup>6</sup> HÉCTOR FIX ZAMUDIO, citado por JOSÉ OVALLE FAVELA, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., México, Editorial Harla, 1989, p. 428.

Si bien es cierto que la palabra jurisdicción implica la intervención del órgano jurisdiccional, existe una tendencia doctrinaria a no considerar este procedimiento sino como una actividad de carácter administrativo encomendada a dichos órganos, con una inclinación clara a que sean competencia de oficinas registrales o de notarios públicos y por ende sean desincorporados del código aplicable para constituirse en una legislación autónoma.

Presupone la presencia de acuerdo de voluntades entre los solicitantes, sin que exista litis entre los mismos, en caso de oposición concluye la jurisdicción voluntaria para dar lugar a un procedimiento ordinario.

Para el caso de interdicción se requiere la presencia del Ministerio Público.

### 3.3. COSA JUZGADA

Las providencias tomadas por el juez son impugnables a través del recurso de apelación, admitido en ambos efectos, en caso de que se interpongan por el solicitante y en efecto devolutivo en caso de ser solicitado por cualquier otra persona.

La resolución que decreta el juez, no adquiere la fuerza de cosa juzgada, consistiendo en una declaración o constitución de una situación jurídica y la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que son actos fuera de juicio y procede el Juicio de Amparo.

Cabe aclarar, que una sentencia es definitiva cuando, se ha dictado, para el efecto de resolver un conflicto sometido a un proceso judicial; todavía es susceptible de impugnación a través de algún recurso o procedimiento impugnativo, el cual puede confirmarla, modificarla o revocarla; a diferencia de lo anterior es una sentencia firme aquella que posee la autoridad de cosa juzgada, es decir no existe la posibilidad de una impugnación por medio ordinario o extraordinario que puede modificarla o revocarla.

Se dice que cuando ya es firme una sentencia adquiere la calidad de autoridad de cosa juzgada, lo cual se traduce en:

*"La imposibilidad de impugnación de una sentencia recaída en un proceso, bien porque no existe recurso contra ella, bien porque se haya dejado transcurrir el término señalado para interponerlo".<sup>7</sup>*

De esta manera la legislación aplicable en materia de procesal civil establece que existe cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria.

Así las cosas las sentencias causan ejecutoria de dos maneras:

1. Por ministerio de ley:

a) Sentencias dictadas en juicios de mínima cuantía.

b) Sentencias en segunda instancia.

c) Las que resuelven cuestiones de competencia.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 203.

- d) Las que resuelven una queja.
- e) Las que se declaren como irrevocables.

2. Por declaración judicial:

a) Sentencias consentidas por las partes o por sus andatarios con poder o cláusula especial.

b) Sentencias notificadas formalmente y no son recurribles en tiempo.

c) Sentencias recurribles, en donde interpuesto un recurso no se continuó en forma y términos legales o en su defecto se desistió de él.

Visto lo anterior una sentencia de jurisdicción voluntaria si es una sentencia definitiva, más no firme por lo que no se puede considerar que adquiere fuerza de cosa juzgada.

En virtud de que durante el procedimiento de jurisdicción voluntaria es admisible el recurso de apelación se hará una breve mención de en que consiste este y como se debe interponer, atendiendo así se admite en uno o en ambos efectos (devolutivo y suspensivo).

### 3.4. RECURSO DE APELACIÓN

La apelación es un recurso ordinario, por el cual una de las partes o ambas, solicitan ante el tribunal de segundo grado un examen de la resolución emitida por el juez de primera instancia, con el objeto de que se modifique o revoque dicha resolución.

La apelación puede interponerse de manera oral o escrita, en caso de que sea de manera oral debe ser en el mismo acto de la notificación de la resolución impugnada, en caso de que sea por escrito debe interponerse en un plazo que según su naturaleza es en sentencias definitivas cinco días y en caso de interlocutorias en un plazo de tres días, señalando las constancias que considere necesarias para integrar el expediente, las expresiones de agravios. Se presentan cuando el tribunal ya ha conocido del asunto.

La apelación puede promoverse en efecto devolutivo o suspensivo. El primero de ellos no suspende la ejecución de la resolución impugnada, por lo que esta se ejecuta. Cuando es con efecto suspensivo (ambos efectos), si se suspende la ejecución de la sentencia o tramitación del juicio.

En tratándose de una sentencia definitiva que ha sido apelada, en efecto devolutivo, la ejecución es de carácter provisional, en tanto cuanto el tribunal de alzada confirme o modifique la resolución del tribunal inferior, para lo cual se solicita a la parte interesada en la ejecución que proceda a garantizar el restablecimiento a la situación anterior a la ejecución provisional, el encargado de calificar la garantía es el juez de primera instancia. Sin embargo el apelante puede presentar una contragarantía para impedir la ejecución, lo cual transforma el efecto devolutivo de la apelación en efecto suspensivo (ambos efectos).

Es admitida en efecto suspensivo, por regla general, las sentencias definitivas en juicios ordinarios, sentencias interlocutorias o autos definitivos, siem-

pre que estas paralicen o extingan anticipadamente el proceso, a contrario sensu o en tratándose de sentencias definitivas en juicios especiales, serán únicamente admitidas en un efecto (devolutivo). En caso de que la ley no lo prevea, el juzgador debe admitirla en un solo efecto.

Una vez señalado el efecto en que procede la apelación, se remite al tribunal *ad que* a efecto de que proceda a resolver el recurso. Si es el caso de sentencias definitivas se remite la totalidad del expediente original, solo en caso de que solo se haya admitido estas en un efecto se dejan en el juzgado *ad quo*, una copia certificada de la sentencia definitiva, así como copia de las constancias procesales que se consideren necesarias para la ejecución, en su caso de la misma.

Si se trata de sentencias interlocutorias o autos se distingue, si se admite en efecto devolutivo, como la tramitación de la apelación es independiente del procedimiento, el expediente original se conserva en el juzgado de primera instancia y solo se remite al tribunal *ad que* el testimonio de apelación para que conozca del recurso. Si se recibe en ambos efectos, se remite al tribunal de alzada el expediente original para resolver el recurso.

Se entiende por testimonio de apelación:

*“Conjunto de copias certificadas de las resoluciones judiciales y demás actos procesales que debe señalar el apelante y que se pueden adicionar con las que indique el apelado y las que estime pertinentes el juez de primera instancia”.*<sup>8</sup>

El trámite ante la sala del recurso de apelación contra sentencia definitiva dictadas en juicios ordinarios, puede ser dividido en las siguientes fases:

1. Recepción del expediente y revisión de la admisión y sus efectos.
2. Expresión de agravios.
3. Proposición y recepción de las pruebas.
4. Formulación de alegatos.
5. Resolución.

Para el caso de apelación en juicios especiales y contra interlocutorias y autos, se reduce a las siguientes etapas:

1. Recepción por el tribunal *ad que* del expediente o en su caso del testimonio de apelación (a que se hizo referencia en los párrafos anteriores).
2. Plazo para el apelante para que exprese agravios así como al apelado para que los conteste.
3. Resolución.

En ambos casos la resolución de la apelación podrá:

- A) Confirmar totalmente la sentencia definitiva en primera instancia.
- B) Modificar parcialmente la sentencia de primera instancia.
- C) Revocar totalmente la sentencia producida en primera instancia, quedando por tanto la sentencia apelada sin efectos.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 248.

## CAPÍTULO IV

### *Proceso de incapacitación en derecho español*

#### 4.1. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

La incapacidad es una figura del derecho material, que repercute en derecho procesal por lo cual se denomina proceso de incapacitación o en su caso proceso de reintegración de la capacidad.

Existen tres procesos de incapacitación:

1. Juicio de incapacitación en *strictu sensum*, por virtud del cual el sujeto es inhabilitado para gobernarse por sí mismo.

2. Proceso de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación constituida, con el cual se deja sin efecto una incapacitación declarada o en su defecto se procede a un cambio en el régimen jurídico.

3. Proceso de incapacitación por prodigalidad.

Es un proceso de cognición, constitutivo y especial, con fundamento jurídico, por el cual se pretende satisfacer una pretensión procesal auténtica, es de cognición ya que se satisface por una resolución judicial pronunciada por el órgano jurisdiccional competente, es constitutivo en virtud de que en este procedimiento se hace constar una situación jurídica material no solo la ya preexistente sino que crea una nueva, es especial, en virtud de la pretensión solicitada.

Este tipo de procedimientos son de naturaleza civil, en donde su objetivo fundamental es afectar la persona del incapaz, la cual por ser de orden público, tiende a la protección no solo de su persona sino de sus bienes, al no tener la aptitud de poder hacer valer por sí mismo sus derechos y obligaciones.

La protección es brindada por el derecho a través de las instituciones de la tutela y la curatela en su caso, pero si bien es cierto que es necesaria la declaración de incapacidad para que surjan estas, estas por sí mismas no subsisten si no hay un incapaz sobre el cual recaiga dicha institución.

#### 4.2. DE LA TUTELA DE LOS LOCOS Y SORDOMUDOS (PROCESO DE INCAPACITACIÓN ORIGINAL)

Antiguamente el proceso de incapacidad por imbecilidad o por furor se diferenciaba del de prodigalidad, con una clara tendencia a que este último fuera un juicio contradictorio.

Solo se consideró como necesario una justificación cumplida de la incapacidad, la cual se verificaba en un proceso de jurisdicción voluntaria, por lo cual es equiparada a un hecho jurídico producido, cuyas consecuencias ya se habían dado y en consecuencia previa acreditación, el juez la concedía, más sin embargo la doctrina no logró precisar exactamente la naturaleza jurídica de la "justificación" y mucho menos la forma para su sustanciación.

El Código Civil, antes de la reforma señalaba que era un proceso sumario o abreviado, que se presentaba en la tramitación de los incidentes que podían proceder o no de actividades de jurisdicción voluntaria. Debía de realizarse en una audiencia ante el consejo de familia, hecha en cabeza de los parientes que tenían derecho a formularlo y que a saber era el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tenía derecho a sucederle *ab intestato*. Estaba excepcionalmente legitimado, cuando se trataba de dementes furiosos, cuando no existía ninguna de las personas legitimadas primariamente o sean menores o no hicieren uso de la facultad que se les concede. No se consideraba parte activa al consejo de familia, es decir los parientes que tenían derecho a formarlos, ya que aunque intervenían en el proceso, solo lo hacían como asesores del Tribunal, en una calidad semejante a la de los peritos o testigos.

Se procedía a hacer un examen personal del presunto incapaz, teniendo un carácter probatorio, a semejanza de una inspección ocular. Aún cuando no se señalaba específicamente es necesario un dictamen médico o psiquiátrico sobre la existencia y el alcance de la enfermedad mental o física.

El procedimiento terminaba con una sentencia y no con un auto, aún cuando así era concebido por la ley, el cual pone fin al expediente de incapacidad. La decisión era constitutiva, por lo que no afecta a los actos que el incapacitado hubiere realizado antes de la presentación de la demanda.

Los efectos eran fijar el grado y extensión de la tutela según el grado de incapacidad de los sordomudos pero para el caso de enfermedad mental, sobre todo para el caso de oligofrenia o retraso mental el cual mide el grado de variabilidad.

El juicio de incapacitación por prodigalidad es un verdadero proceso, cuando se produce por intervención de un sujeto que no es la administración; o si el juez actúa en su función jurisdiccional.

Se considera un proceso de cognición, constitutivo, especial, declarativo, siendo competente el juez de primera instancia del domicilio del pródigo. Se requiere capacidad de las partes y capacidad procesal.

Tenían legitimación el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo y excepcionalmente el ministerio fiscal por sí o a instancia de algún pariente de aquel cuando era menor o incapaz. La legitimación pasiva correspondía al presunto incapaz.

Tanto el demandante como el demandado requería procurador y letrado.

La declaración de prodigalidad no privaba de la autoridad marital y paterina ni atribuía facultad al tutor sobre la persona del prodigo, únicamente confería la administración de los bienes de este, de sus descendientes, así como de la sociedad conyugal, requiriendo autorización para su enajenación.

La declaración debía tener verificativo en un proceso contradictorio, es decir, en un juicio plenario declarativo de mayor cuantía, teniendo fin una sentencia que fije la extensión de la incapacidad; las facultades del tutor y los casos en que deba ser consultado el consejo de familia.

#### 4.2.1. *Jurisdicción voluntaria en derecho español*

No se considera una auténtica jurisdicción ya que no contempla verdaderas actuaciones procesales, ya que no hay conflicto entre las partes ni tampoco una protección, actuación, o tutela coactiva de ningún derecho objetivo o subjetivo, sino que tiene un contenido estrictamente administrativo.

Se regula por un régimen jurídico general, referente a materia civil y mercantil, teniendo por objeto una relación jurídica de derecho privado.

Si bien es cierto que en materia civil se encuentra un rubro especial referente al derecho de las personas, tratándose en particular de habilitación para comparecer en juicio, hijos legítimos no emancipados, hijos menores no emancipados y ausencia, señalando las características propias de cada uno de esos procesos, no se encuentra en particular una referencia clara al proceso de incapacitación, por una jurisdicción voluntaria. Pero que duda cabe que por lo que respecta al derecho de familia si se señala en particular para los organismos tutelares y el procedimiento de designación del tutor.

#### 4.3. REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN PROCESO DE INCAPACITACIÓN .

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1847 señalaba que, para el caso de un proceso de jurisdicción voluntaria para la designación de curador se requería como presupuesto, la declaración de incapacidad, y confería competencia para conocer de ésta, al Juez de Primera Instancia del domicilio de éste y estatuyó el proceso de mayor cuantía como el procedimiento para la multicitada declaración y solo excepcionalmente en un juicio sumario, en tratándose de demencia y solo para proceder al nombramiento de un curador interino, en tanto se determinará la calidad mental en un proceso ordinario.

La LEC de 1855 consagra a este procedimiento de carácter sumario a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, salvo para el caso de prodigalidad, decretada la incapacidad por la declaración correspondiente, los interesados podían promover un juicio de mayor cuantía a efecto de que se decidiera definitivamente sobre la incapacidad.

Esta situación, se transformó notablemente con las reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil producidas por la ley 13/83 del 24 de octubre, que como se señaló con antelación, estatuye que "Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de causas establecidas en la ley", con lo cual se subsana el mencionado procedimiento sumario, siendo necesario y con anterioridad que la causa de incapaz sea declarada previamente en una sentencia judicial, por lo cual toda persona es capaz, salvo prueba en contrario.

Más sin embargo la doctrina se plantea el problema de que si deben resolverse las cuestiones de incapacidad a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria o en su defecto en un proceso contencioso, por lo que res-



pecta al primero de los planeamientos se señala, que al no existir contraposiciones de intereses entre el que solicita la incapacidad y el propio sujeto incapaz, además de la premura sobre la protección no solo de la persona de este sino de su patrimonio, es por tanto considerado más conveniente el procedimiento de jurisdicción voluntaria. A diferencia de la postura presentada se determina por un grupo de tratadistas que en virtud de la importancia que reviste la declaración de incapacidad, ya que se le priva al sujeto del ejercicio por sí mismo de sus derechos, no debe de plantearse sino es que en un proceso de naturaleza contenciosa. Al parecer esta última posición la acogió el legislador español, con la previsión de que pueda el juez tomar las medidas cautelares necesaria para proteger tanto a la persona como al patrimonio del incapaz, por lo que ya no existe la extrema necesidad de agilizar dicho procedimiento.

Para que no exista lugar a duda el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su disposición adicional única de la ley 13/1983, y que a la letra reza:

*"ART. 484. Se decidirán en el juicio de menor cuantía:...*

*2o. Las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad, estado civil de las personas..."<sup>9</sup>*

Aún cuando esta es la forma para resolver la problemática aquí planteada, existen autores como Miguel Ángel Fernández que considera que ni este proceso, ni el de jurisdicción voluntaria, ni ningún otro contemplado dentro de la ley de la materia son los procesos "idóneos" para la sustanciación de un proceso de incapacidad.

No cabe duda de que la naturaleza jurídica de los procesos es diferente, en tanto que el de incapacidad es un procedimiento contencioso el cual se encuentra revisto de garantías que adopten la forma de contradictorias y que se adapten a un juicio de menor cuantía; el de tutela y curatela es un acto de jurisdicción voluntaria.

Es importante destacar que el Código Civil Español (materia sustantiva) contempla una parte del multicitado proceso de incapacitación abarcando una área netamente de derecho adjetivo, que le correspondería a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### 4.4. INCAPACITACIÓN POR ENFERMEDAD

Son requisitos del proceso de incapacitación por enfermedad.

1. Jurisdicción. Es un juez civil ordinario, de primera instancia, y territorialmente le corresponde al juez del domicilio del incapacitado, en donde necesariamente interviene el Ministerio Fiscal.

2. Capacidad procesal. Tiene capacidad legal el presunto incapaz (en virtud de que no existe sentencia que todavía así lo determine).

<sup>9</sup> Artículo 484. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, 19<sup>a</sup> ed., España, Editorial Civitas, 1996, p. 568.

3. Legitimación. Es un proceso de partes por lo que existe verdaderamente una legitimación activa (demandante) y legitimación pasiva (demandado), aún cuando puede no presentarse un proceso contradictorio. Tiene legitimación activa los que pueden solicitar el proceso, mismo que se enumerará más adelante, en tanto que la legitimación pasiva le corresponde al presunto incapaz.

4. Principio de posibilidad, idoneidad y causa del objeto procesal; su posibilidad se deduce de la aptitud física y moral de la pretensión que se deduce.

La idoneidad se traduce en solicitar solo lo previsto dentro de la pretensión y no materia distinta alguna, en cuanto a la causa, ser parte de la misma las enfermedades o deficiencias de carácter persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Los procesos civiles se reglamentan en base a dos principios rectores que a saber son el "dispositivo y el de aportación de parte", por virtud de los cuales solo se otorga la tutela jurídica a petición de los particulares y hasta el alcance por ellos solicitado, por lo que es indispensable que el acto comience por la interposición de la demanda. A diferencia de este principio en materia de incapacidad se rige por el principio de "oficialidad" por virtud de la cual el proceso se inicia de oficio, dígase del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que pueda ser intentado por particulares (parientes), pero en todo caso la intervención de este es preceptiva, independientemente de la capacidad del juez para solicitar cuantas pruebas sean necesarias y estime convenientes a efecto de poder fijar de manera formal los hechos para la admisión de la demanda.

La razón de existir de esto es que no existe una contraposición de intereses sino un interés único de naturaleza pública basado en los siguientes supuestos:

1. El Estado tiene interés que previa declaración de incapacidad, la persona quede sujeto a tutela o curatela.

2. Que no se prive de la capacidad de ejercicio, solo porque en apariencia se considere a este como incapaz, y que de igual manera a los declarados incapaces se les restablezca en el ejercicio de sus derechos cuando se extinga la causa que le dio origen.

3. Que se establezca en plena medida el grado de incapacitación, para saber si serán sujetos de una tutela o curatela definitiva.

De igual manera los principios menores serán el de oralidad, concentración y de intermediación.

#### 4.4.1. *Sujetos en el proceso*

Son sujetos en un proceso de incapacitación y atendiendo a el espíritu del legislador, el que todo sujeto incapaz tenga protección. Se señala que tiene facultad para denunciar la incapacidad cualquier persona ante el Ministerio Fiscal, o los funcionarios públicos, que por razón de su encargo, conozcan una posible causa de incapacidad. El juez puede tomar las medidas necesarias para el proceso pero no puede iniciar de oficio el mismo.

Tienen legitimación activa:

a) El cónyuge y descendientes del presunto incapaz, de manera indistinta y a falta de estos, los ascendientes o hermanos, para lo cual no solo deberán de acreditar el parentesco sino que además deberán de justificar su legitimación, por ejemplo si promueve el hermano deberá de justificar que los demás autorizados no han promovido.

b) El Ministerio Fiscal, el cual además tendrá por función el promover el juicio de incapacitación, ser defensor del presunto incapaz, cuando no haya sido denunciado por él; y aún para el caso de que ya se encuentre representado por procurador y asistido por letrado, el vigilar sus intereses dentro del proceso.

De cualquier manera el presunto incapaz es el demandado en dicho procedimiento.

#### 4.4.2. *Sustanciación*

El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda, la cual deberá de contener los hechos, los fundamentos de derecho y designar con claridad y precisión lo que se solicita, así como la persona a la cual se está designando como presunto incapaz.

Admitida la demanda, no se da origen al proceso conciliatorio (como sucede en los proceso de menor cuantía) en virtud de que las partes no tienen interés en llegar a un acuerdo para evitar el litigio.

Tiene un objeto único, por lo cual, no da lugar a la acumulación de acciones así como tampoco a la reconvención, de igual suerte tampoco se dará la fijación de hechos por admisión o por falta de negación (confesión ficta).

El juez competente es el de primera instancia del domicilio del presunto incapaz.

Se recibe la demanda, debe de acordarse de oficio con independencia de lo solicitado por las partes, y se procede a abrir una pieza a prueba, misma que se deberá de practicar de manera obligatoria por cualquiera de los siguientes medios probatorios:

1. Testimonial de los parientes más cercanos.
2. Examen del presunto incapaz.
3. Una prueba pericial médica al menos, sin perjuicio de poder solicitar más.

En caso de que exista apelación ante el Tribunal de Segunda Instancia, este tendrá igualdad libertad para examinar al presunto incapaz.

#### 4.4.3. *Sentencia*

El juicio de incapacitación termina con sentencia dictada por el Juez competente, con lo cual queda clara la diferencia con el proceso de incapacitación anterior a la reforma, que prevenía un proceso de jurisdicción voluntaria.

En la sentencia el juez determinará si existe o no una incapacidad y en su caso, cual es su grado y alcance, absteniéndose de decidir de todo aquello que no sea motivo de la litis, por lo cual se especificará si el incapaz puede realizar algún acto por sí mismo, adquiriendo la fuerza de cosa juzgada.

A diferencia de lo anterior, la sentencia que desestime la demanda, es solo de naturaleza declarativa y su pronunciamiento solo es de cosa juzgada material, por lo que no se podrá promover otro juicio contra la misma persona y por lo mismo hechos materia de la *litis*.

Si la sentencia es absolutoria, su fuerza será vinculatoria y prejudicial, por lo que solo si sobrevienen hechos nuevos, constitutivos de la incapacitación, el Ministerio Fiscal o cualquier otra legitimada podrá solicitar uno nuevo.

La sentencia de incapacitación es *erga omnes* y por lo tanto se inscribirá en el Registro Civil.

Y que duda cabe que la incapacitación es un hecho jurídico (acontecimiento natural o del hombre que independientemente de la voluntad del sujeto crea consecuencias jurídicas), y este gozará de capacidades jurídicas, en tanto no exista una sentencia firme que decrete lo contrario.

#### 4.5. INCAPACITACIÓN POR PRODIGALIDAD

Son sujetos en el proceso, con legitimación activa, el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o en su defecto estén en aptitud de poder reclamarlos, así como los representantes legales de cualquiera de ellos o en su defecto del Ministerio Fiscal.

El contenido de los alimentos no solo se refieren a la porción nutricional sino a la casa, vestido, asistencia en caso de enfermedad y en su caso la educación, de igual manera respecto de los cónyuges comprenden el deber de socorrerse mutuamente. Siempre queda claro que el deber de prestar alimentos se refiere a los hijos menores de edad.

Es demandado (pasivamente legitimado) el deudor alimentista por vínculo matrimonial (cónyuge), parientes (ascendientes y descendientes) o aquellos que puedan ser acreedores alimentistas del presunto pródigo.

A *contrario sensu* no pueden ser demandados los sujetos que se encuentren bajo la patria potestad o tutela o los que no tienen la administración de sus bienes.

Por lo que respecta a los menores emancipados, si tienen la administración de sus bienes, pueden ser constitutivos de prodigalidad.

En cuanto a este procedimiento, solo difiere del señalado con anterioridad, en lo que estriba en la rebeldía, ya que demandado que no comparece, si debe de ser declarado, así tomando como medidas cautelares que las notificaciones sean publicadas en estrados. Otra diferencia radica en la prueba por reconocimiento médico, ya que no aplicará para este tipo concreto de incapacitación.

En cuanto a la sentencia, produce efectos *ex nunc*, por lo que hay ciertos actos del pródigo que realizados entre la presentación de la demanda y la sen-

tencia son impugnables, cuando sea necesaria la intervención del curador para los mismos.

Independientemente del tipo de incapacitación, es necesario para protección no solo de terceros sino también del presunto incapaz, antes de dictar una sentencia, que el juez estime las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, en tantos se discute si debe o no concederse la tutela, más sin embargo no se señaló cuales son estas medidas, dando un margen de discrecionalidad altísimo para el juzgador.

Al ser una sentencia constitutiva, no precisa de una ejecución forzosa, por lo que, el juez adopta las medidas necesarias tanto de carácter general como especial, dentro de las que se incluye el nombramiento de tutor o curador en su caso.

#### 4.6. PROCESO DE MENOR CUANTÍA EN DERECHO PROCESAL ESPAÑOL

La Ley de Enjuiciamiento Civil señala distintos tipos de procesos civiles dentro de las que se comprende el juicio de menor cuantía, el de mayor cuantía, el de inferior cuantía y de ínfima cuantía; pero para la materia del presente estudio, solo nos referiremos al juicio de menor cuantía, con sus generalidades en virtud de que es el señalado por la ley de la materia para resolver cuestiones de falta total o parcial de la capacidad.

Es un proceso de cognición sumario cuya característica son las pretensiones de carácter económico inferiores al proceso de mayor cuantía.

Se le denomina proceso de cognición en virtud de que se pretende la obtención de una declaración-sentencia, es un proceso común, ya que se da para supuestos generales, es sumario por razones cuantitativas, por la menor importancia de las pretensiones económicas que se buscan, y se encuentra entre los rubros de máximo quinientas mil pesetas (porque si no sería de mayor cuantía) y mínimo de cincuenta mil pesetas (porque si no sería de inferior cuantía).

En este se combinan los procesos de oralidad y escritura, respecto de la mediación e inmediatez, la preclusión y la concentración.

Requisitos subjetivos:

1. El juez competente es el de Primera Instancia y en competencia territorial determinada por el juego normal de los diversos fueros, sin perjuicio de la aplicación de causas modificatorias de la competencia.

2. Se requiere capacidad para ser parte y capacidad procesal, así como la legitimación tanto directa como indirecta, es perceptiva para el litigante la representación por procurador siendo necesaria la dirección técnica del abogado.

Requisitos objetivos:

1. Idoneidad del proceso. Encontrarse dentro de los límites cuantitativos de valores económicos antes mencionados.

2. La causa. El motivo o razón del litigante para obtener su pretensión.

### Requisitos de la actividad:

1. Combinación del principio de escritura y oralidad, siendo que la demanda y la contestación se formulan por escrito, la prueba y conclusiones se ofrece de manera oral.

2. Para los trámites escritos prevalece la mediación y preclusión, en tanto que para los orales prevalecen los principios de inmediación y concentración.

### Fases del Procedimiento:

1. Introducción. Corresponde a la presentación de la demanda, emplazamiento del demandado, personación o comparecencia y contestación de la demanda, y en su caso la reconvencción, los cuales se deben de llevar a cabo en un solo acto.

Se inicia por la declaración de voluntad del demandante lo que con lleva a establecer la pretensión procesal, siendo esta una demanda mixta o combinada, ya que no solo se declara la iniciación del proceso, sino la obtención de un pronunciamiento de fondo del juez en contra de una o varias personas determinadas.

Se promueve ante el juez de primera instancia, por quien tenga capacidad para ser parte, se esté legitimado con firma del procurador y abogado, en tanto que el demandado debe tener capacidad procesal y estar legitimado.

La demanda contendrá la pretensión procesal (objeto del litigio), los sujetos y el título o fundamento de hecho y de derecho en que se basa la pretensión (contendrá encabezado, cuerpo y pie o suplico).

Recibida la demanda el juez resuelve un acuerdo o auto en donde la da por admitida.

Es un requisito normal del acto, que al recibirse la demanda, se proceda a la celebración de un acto conciliatorio.

Presentada la demanda se procede al emplazamiento al demandado, con una copia del escrito, así como los documentos que se acompañen, la forma para el mismo puede ser a través de cédula, avisos o edictos, debiendo contestar el demandado en un término de nueve días, y en caso de no comparecer será declarado en rebeldía, para lo cual se continuará en el procedimiento y las demás notificaciones se realizarán en los estrados del juzgado.

Derivado de lo anterior, se procede en un término indiferible la contestación de la demanda, la cual contendrá la legitimación del demandado así como la firma del procurador y abogado dando respuesta las peticiones y alegaciones de hecho y de derecho presentando todo tipo de oposiciones en contra la pretensión solicitada, así como las excepciones dilatorias o perentorias a que haya lugar.

La contestación por tanto podrá contener allanamiento o en su defecto reconvencción de la demanda, para este último caso el juez dicta una providencia y se notifica al actor para que la conteste en un término de cuatro días.

Una vez presentada la demanda, el emplazamiento, la contestación y en su caso la reconvencción se agota la fase introductoria, por lo que no hay lu-

gar al derecho de réplica y duplica, como tampoco el escrito especial de recibimiento de pruebas.

## 2. Prueba. Ofrecimiento y admisión y desahogo de la prueba.

Se procede a la proposición de pruebas posibles, idóneas y de interés en un término de seis días improrrogable, por lo que por escrito se ofrecen las pruebas que les interesen, pasándose por consiguiente al periodo de práctica de la prueba, bajo el supuesto de que estas hubieren sido admitidas por el juez, las cuales en términos generales deberán de desahogarse en el juzgado, en un término que no podrá exceder de veinte días.

En caso de que las partes estén conformes en los hechos y se procede a los alegatos, como consecuencia de las prueba omitidas, por lo que no se recibirá el juicio a prueba.

Consumida la fase de pruebas, o de los alegatos, se llega a la etapa final de conclusiones.

## 3. Conclusiones o decisoria. Se adscriben los trámites de comparecencia de las partes y sentencia.

En este comparecen las partes ante el órgano jurisdiccional para exponer las alegaciones finales o conclusiones del proceso, las cuales constan de tres partes:

a) Preparación. Se cita a las partes dentro de los seis días siguientes a la etapa anterior.

b) Comparecencia. Las partes que intervienen en el litigio, con la intervención preceptiva de sus abogados y procuradores, el secretario da lectura a unos breves antecedentes para que se proceda a realizar los alegatos finales a efecto de proponer lo que se crea oportuno para su defensa. En caso de que una o ambas partes no comparezcan, la audiencia no se difiere sino que se celebra el acto de conformidad con la ley de la materia; acto seguido se procede al levantamiento del acta en donde se hace constar lo que se ha expuesto en la misma.

Posteriormente el juez procede a dictar sentencia, en un plazo de tres días si no hubo fase probatoria o de cinco días en caso de que si hubieren existido estas, teniendo por consecuencia la adquisición de fuerza de cosa juzgada formal y material.

La fuerza de cosa juzgada formal no se obtiene en tanto esta no sea firme (ya que se puede impugnarse por los recursos ordinarios y extraordinarios, como sería el recurso de apelación en ambos efectos o por el recurso de casación).

En cuanto a la cosa juzgada material, es indiscutible que cuando es firme, no es atacable en un proceso ulterior, dentro de los límites normales, es absoluta.

Las costas del juicio la soporta, salvo caso de temeridad o mala fe, el litigante que la cause, imputándose las comunes por mitad o por partes iguales.

#### 4.7. RECURSO DE APELACIÓN EN DERECHO PROCESAL ESPAÑOL

Se entiende por recurso de apelación a:

*"Aquel proceso de impugnación en que se pretende la eliminación y sustitución de una resolución judicial por el superior inmediato jerárquico del que se dictó la resolución impugnada."*<sup>10</sup>

En el recurso de apelación, la impugnación se tramita ante un superior jerárquico de aquel al que dictó el fallo que se recurre, es una alzada a mayor juez, por lo cual se le suele denominar también recurso de alzada.

Es un proceso autónomo, por lo que no es parte del principal o recurrido, es ordinario por lo que no exige motivos taxativos.

Constituye verdaderamente un gravamen que arguye el vencimiento de la parte que lo promueve, por el cual el juez de segundo grado, valorar los elementos de hecho y de derecho que tuvo en cuenta el juez de primera instancia.

El Tribunal *ad quem* solo resuelve sobre la materia de apelación y no sobre lo demás del pleito, salvo que se encuentre íntimamente ligada a aquel, por lo tanto el juez *ad quem* solo resolverá en la medida que el perjudicado por la resolución pretende, por lo que no se puede extender sobre lo que hubiere quedado firme ni agravar la situación del apelado.

La apelación puede ser de procesos comunes o de procesos especiales, de procesos ordinarios, sumarios y extraordinarios.

De igual suerte existe la apelación principal interpuesta por la parte a quien perjudica la resolución recurrida y la secundaria, derivada o adhesiva el cual nace sólo porque está pendiente el proceso de impugnación abierto por otro y en tanto se resuelve éste.

Deberá conocer el superior jerárquico del que dictó la resolución impugnada, si se fue un juez municipal le corresponde conocer a un juez de primera instancia; de las resoluciones de estos conocen las audiencias territoriales, y las resoluciones de éstas, no son impugnables por el recurso de apelación, ya que el Tribunal Supremo no es el orden jerárquico superior de las audiencias.

Tanto la parte demandante (recurrente o apelante) como la demandada (recurrido o apelado) deben tener capacidad común y procesal así como legitimación procesal (activa o pasiva, según sea el caso).

Es preceptiva la intervención de abogado y procurador.

El objeto es la pretensión de que se elimine y sustituya la resolución recurrida por el superior jerárquico del juez *ad quo*.

En cuanto la idoneidad está determinada por la pretensión que la constituye, y que el superior jerárquico la elimine y sea substituida como el recurrente la solicita.

<sup>10</sup> JAIME GUASP, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Instituto de Estudios Políticos, 1973, p. 729.



La apelación en los juicios de menor cuantía se promueven para las sentencias definitivas y procede en ambos efectos (devolutivos y suspensivo), en tanto que sobre las resoluciones interlocutorias que en estos procesos se dicten, aunque apelables, siguen tramitándose hasta que se decide definitivamente el litigio.

La interposición, no contiene la verdadera prestación de apelación, sino solo el anuncio o indicación de la misma, pues no encierra la reclamación de fondo en cuanto a los extremos en los que la sentencia debe ser reformada, en opinión del apelante, ni tampoco en cuanto a los motivos y justificaciones, ya que esto se deducirá en un momento ulterior del proceso.

Se tramita en doble efectos, por lo que no solo es del conocimiento del superior deducirán en sino que se suspende la ejecución de la resolución impugnada.

Interpuesto el recurso el juez puede pronunciarse admitiendo o desechándolo, en caso de ser admitida, continúa el procedimiento en caso de ser negado se puede acudir el recurso de queja.

Se procede al emplazamiento de las partes y una vez remitidos los autos, los litigantes deben comparecer o apersonarse ante el superior inmediato, es decir ante la audiencia, que funciona como tribunal ad quem del recurso.

Si el apelante no se apersona durante el emplazamiento, se produce un desistimiento tácito, y en consecuencia la sala acuerda de oficios el devolver los autos al juez de primera instancia para que se ejecute la sentencia y por ende que se exijan del apelante el pago de las costas a que hubiere dado lugar.

Si el que no se apersona es el apelado, el procedimiento continúa en rebeldía.

Se procede a verificar las actividades que constituyen el contenido del escrito de instrucción, y en un término de seis días se solicita el recibimiento de pruebas y proponen las que deban practicarse; las actividades probatorias tienen un carácter excepcional. Si procede el recibimiento a prueba, lo que la Sala resuelve de plano, según estime procedente y sin subordinar la petición, la prueba es efectivamente practicada.

Una vez celebradas las actividades probatorias, se procede a la comparecencia de las partes ante el órgano jurisdiccional.

El trámite oral de la vista no puede ser substituido por uno escrito o de alegatos de derecho.

Desahogada la vista se procede a la citación de las partes para sentencia, entre estas existe un plazo de diez días, durante los cuales se pasarán los autos a las partes en un término de cuatro días para cada una.

Las partes procederán a elaborar su informe sobre los hechos y de manera restringida sobre el derecho aplicable a la apelación.

El juez dictará sentencia en la cual podrá estimar o desestimar la pretensión de la apelación y por tanto revocar o confirmar la sentencia, devolviendo los autos al juez de primera instancia con certificación de ella y tasación de costas, en caso de ser procedentes; recibidos los autos se procede a la ejecución de la sentencia por el tribunal *ad quo*.

#### 4.8. RECURSO DE CASACIÓN

Es el recurso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de la jerarquía judicial.

Es un recurso extraordinario, las partes no pueden acudir a ella en base a un simple interés, sino que tienen que contar con una causa legalmente determinada "*motivo de casación*".

Es un recurso supremo, como recurso único y último.

Tiene dos elementos el resolver solo cuestiones de derecho y no de hecho, por lo que es un proceso de impugnación destinado a rescindir un fallo judicial por razones estrictamente jurídicas y no por razones fácticas.

El segundo de los elementos, es un recurso destinado a romper o quebrantar la sentencia que impugna, pero no a sustituirla por otra, por lo que se origina la devolución del conocimiento del asunto a un Tribunal inferior, sea el mismo que antes conoció u otro distinto para que este falle en cuanto al fondo, por lo tanto el Tribunal de Casación conoce del derecho, es un recurso limitado a extremos jurídicos y a meras rescisiones sin sustitución de fallos de instancia.

La casación puede ser de dos tipos:

*"a) Casación por infracción a la ley (o de fondo). En esta se manifiestan pretendidos vicios que pueden haber cometido el juzgador de instancia en cuanto al fondo mismo y que, en realidad, se contraen a las circunstancias de no ser su fallo ajustado no ser a derecho.*

*b) Casación por quebrantamiento de forma (o de forma). Se hace valer el incumplimiento de algunas exigencias no de fondo, a los que el proceso de instancia se halla sometido y, por consiguiente, la invalidez de la sentencia misma, reclamando la nulidad, dada la infracción de un requisito, de examen previo al de fondo, que impide que este fondo sustancial sea enjuiciado."*<sup>11</sup>

#### REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

##### DE LA TUTELA DE LOS LOCOS Y LOS SORDOMUDOS

ART. 213.—No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos menores de edad, sin que preceda la declaración que son incapaces para administrar sus bienes.

#### REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

##### DE LA INCAPACITACIÓN

ART. 199.—Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley.

ART. 200.—Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 812.

ART. 214.—Puede solicitar esta declaración el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle abintestato.

ART. 215.—El Ministerio Público deberá pedirla:

1° Cuando se trate de dementes furiosos.

2° Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, o cuando no hiciera uso de la facultad que les concede.

3° Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

En todos los casos los tribunales nombrarán defensor del presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse. En los demás será defensor el Ministerio Público.

ART. 201.—Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurren en ellos causas de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

ART. 202.—Corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz.

ART. 203.—El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias, y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá de solicitar del juez lo que proceda, dentro del plazo de quince días.

ART. 204.—Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación.

ART. 205.—La incapacitación de los menores prevista en el artículo 201, sólo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

ART. 206.—En los procesos sobre incapacitación será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, aunque no hayan sido, promotor de los mismos.

ART. 207.—Si el Ministerio Público Fiscal hubieren promovido el procedimiento, el juez designará un defensor al presunto incapaz a no ser que ya estuviere nombrado. En los demás casos será defensor el Ministerio Público.

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

ART. 216.—Antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.

ART. 217.—Los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podrán informar a los Tribunales como miembros del consejo de familia, pero tienen derecho a ser oídos por éste cuando lo soliciten.

ART. 218.—La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiere a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos.

ART. 219.—Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad, podrán los interesados deducir demanda en juicio ordinario. El defensor de los incapacitados necesitará, sin embargo, autorización especial del consejo de familia.

#### REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### DE LA TUTELA DE LOS PRÓDIGOS

ART. 221.—La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio. La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en

ART. 208.—El juez oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, oirá el dictamen de un facultativo y, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de la parte, podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes.

ART. 209.—El juez, en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

*Artículo 219. Se hace valer el fin de la tutela de los prodigos, a fin de que el proceso de tutela no sea un mero trámite, sino que produzca efectos de tutela misma, para que el juez pueda ejercer el deber de tutelar el patrimonio del incapaz.*

#### REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### DE LA INCAPACITACIÓN

#### REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### DE LA CURATELA EN LOS CASOS DE PRODIGALIDAD

ART. 295.—La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio.

su nombre, y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el consejo de familia.

ART. 222.—Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o incapacitados.

ART. 223.—Cuando el demandado no compareciere en juicio le representará el Ministerio Fiscal, y, si éste fuera parte, un defensor nombrado por el juez, sin perjuicio de lo que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los procedimientos en rebeldía.

ART. 224.—La declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital y paterna, ni atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo.

ART. 225.—El tutor administrará los bienes de los hijos que el pródigo haya tenido en anterior matrimonio.

La mujer administrará los dótales y parafenales, los de los hijos comunes y los de la sociedad conyugal. Para enajenarlos necesitará autorización judicial.

ART. 226.—Los actos del pródigo anteriores a la demanda de interdicción no podrán ser atacados por causa de prodigalidad.

ART. 227.—La tutela de los pródigos corresponde:

- 1° Al padre y, en su caso, a la madre.
- 2° A los abuelos paterno y materno.
- 3° Al mayor de los hijos varones emancipados.

ART. Podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

ART. 296.—Cuando el demandado por prodigalidad no compareciere en juicio, le representará el Ministerio Fiscal, y, si éste fuere parte, un defensor nombrado por el juez, sin perjuicio de lo que determina la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los procedimientos en rebeldía.

ART. 297.—Los actos del declarado pródigo, anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa.

ART. 298.—La sentencia determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.—La capacidad de las personas es inherente al ser humano, la cual inicia con el nacimiento y se extingue con la muerte. Sin embargo para

determinados efectos previstos por la ley, se atribuye capacidad al concebido con la condición de que nazca vivo y viable.

La capacidad puede ser de goce, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y hacerlos valer por sí mismos.

SEGUNDA.—La incapacidad puede ser natural (minoría de edad) o legal (los mayores de edad disminuidos o perturbados de su inteligencia aunque tengan intervalos lucidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio).

En julio de 1994 se produce la reforma citada, en el párrafo que antecede, ya que con anterioridad el Código Civil en su artículo 450 hacía referencia además de los menores de edad, a los mayores privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tuvieran intervalos de lucidez, los sordomudos que no saben leer ni escribir y los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

TERCERA.—La legislación española previene en sus orígenes la incapacitación del loco o imbécil tenía un máximo alcance tanto de la persona como de sus bienes; los sordomudos se consideraban con un grado de incapacidad natural, que según se determinara en la declaración judicial, se mediría la extensión de los límites de protección de su persona y bienes en tanto que para el caso del pródigo solo se refería a la custodia de los bienes en protección de la familia más cercana.

Con las reformas del año de 1983 a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al propio Código Civil, se realiza un cambio sustancial en la concepción original que de estos términos se venía realizando, ya que no se refiere a la “tutela de los locos y los sordomudos”, sino “a la incapacitación”; remitiéndose por tanto como causas de incapacidad, a todas las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo, y para el caso de la minoría de edad, solo se presentará este proceso de incapacitación cuando en el menor se presente alguna de las causas antes enumeradas y que persistan para después de la mayoría de edad.

Se considera como extensión de incapacidad, la prodigalidad (persona que pone en peligro su patrimonio en perjuicio de sus acreedores alimentistas), misma que sujeta a protección al derrochador, por la institución de la curatela, restringible la posibilidad de realizar actos de administración y disposición de su patrimonio, siempre que haya sido vencido en juicio y exista una sentencia que así lo declare, siendo esta la que señale la limitación en su esfera patrimonial y de negocios.

CUARTA.—El artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, permite la tramitación de incapacidad, en un procedimiento de

jurisdicción voluntaria, en aquellos casos en los cuales, sin existir litigio entre las partes se necesita la intervención de la autoridad jurisdiccional, por lo que presupone la no existencia de un conflicto entre las partes.

Para poder iniciarse un procedimiento de tutela, es necesario declarar el estado de minoridad o de incapacidad de las personas que van a quedar sujetas a ella.

QUINTA.—Recibida la demanda de interdicción, el juez acordará las medidas tutelares conducentes a efecto de asegurar la persona y los bienes del señalado como incapaz, a ésta se deberá de acompañar certificado de un médico alienista o un especialista ó en su defecto informe fidedigno de personas que justifique el estado de necesidad o cualquier otro medio convincente del que se desprenda la necesidad de que se tome esta medida.

Se procede al aseguramiento de la persona y bienes del presunto incapaz, y éste será oído personalmente o a través de su representante.

Admitida la solicitud, el juez citará a una primera audiencia, en donde dos médicos alienistas, del Servicio Médico Legal (Servicio Médico Forense o de Instituciones Médicas Oficiales), en presencia del solicitante, del juez y del Ministerio Público procederán a certificar el grado de incapacidad, para el caso de ser procedente, se tomarán las siguientes medidas:

a) Nombramiento de tutor y curador interino, cargos que deberán de recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos; padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitados. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los de mayor edad. En el caso de abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias.

En caso de no haber ninguna de estas personas, o de no ser aptas o hábiles para el desempeño del cargo, el juez deberá de nombrar de manera escrupulosa un tutor interino, cargo que recaerá en persona de reconocida honorabilidad, prefiriéndose a las que sean parientes o amigos del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o de comunidad de intereses o dependencias con el que realizó la solicitud de declaración.

b) Los bienes del incapaz, serán administrados por el tutor, en caso de estar casado bajo régimen de sociedad conyugal, los bienes quedarán en administración del otro cónyuge.

c) En caso de que el presunto incapaz ejerciere la patria potestad o tutela de descendientes o parientes colaterales, proveerá lo necesario para el ejercicio de las mismas, el cual recaerá en el tutor interino del presunto incapaz.

Contra esta resolución, procede el recurso de apelación en efecto devolutivo.

El juez citará a una segunda audiencia y procederá a ordenar un segundo examen médico, designando los peritos él mismo, que deberán de ser diferentes a los que examinaron al presunto incapaz por primera vez. En caso de discrepancia entre el primero y segundo examen, se citará a una junta de avenencia para resolver la discrepancia, en caso de no ser procedente, se nombrará peritos tercero en discordia.

En base a las pruebas periciales, el juez declarará o denegará la interdicción.

Si en la audiencia pública existiere oposición del tutor interino o en su defecto del Ministerio Público, la declaración no podrá llevarse a cabo en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino en juicio ordinario, en donde se le dará la oportunidad al presunto incapaz de hacer valer por sí mismo, independientemente de su representante legal lo que a su derecho convenga.

El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos, el juez puede en cualquier audiencia hacer cuantas preguntas considere convenientes para calificar el resultado de sus pruebas.

Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección de la persona y la conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurre urgente necesidad de otro acto, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

En la declaratoria de minoridad o incapacidad se nombrará al tutor definitivo el cual deberá de aceptar o negar el cargo, en caso de que lo niegue deberá expresar los impedimentos o excusas para ello, en un término de cinco días a partir de su nombramiento. Aceptado el mismo procederá a garantizar a través de fianza, prenda o hipoteca su ejercicio y posteriormente el juez realizará la discernición del cargo, procediendo a investirlo del mismo.

SEXTA.—En la legislación española existen tres procesos de incapacitación: el juicio de incapacitación en *strictu sensum*, por virtud del cual el sujeto es inhabilitado para gobernarse por sí mismo; el proceso de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación constituida, con el cual se deja sin efecto una incapacidad declarada o en su defecto se procede a un cambio en el régimen jurídico y el proceso de incapacitación por prodigalidad.

SÉPTIMA.—Antiguamente (derecho español) en el proceso de incapacidad por imbecilidad o por furor se diferenciaba del de prodigalidad, con una clara tendencia a que este último fuera un juicio contradictorio.

El Código Civil, antes de la reforma señalaba que era un proceso sumario o abreviado, que se presentaba en la tramitación de los incidentes que podían proceder o no de actividades de jurisdicción voluntaria. Debía de realizarse en una audiencia ante el consejo de familia, hecha en cabeza de los parientes que tenían derecho a formularlo y que a saber era el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tenían derecho a sucederle ab intestato. Estaba excepcionalmente legitimado, cuando se trataba de dementes furiosos, cuando no existía ninguna de las personas legitimadas primariamente o sean menores o no hicieren uso de la facultad que se les concede.

Se procedía a hacer un examen personal del presunto incapaz, teniendo un carácter probatorio, a semejanza de una inspección ocular. Aún cuando no se señalaba específicamente es necesario un dictamen médico o psiquiátrico sobre la existencia y el alcance de la enfermedad mental o física.

El procedimiento terminaba con una sentencia y no con un auto, aún cuando así era concebido por la ley, el cual pone fin al expediente de incapa-



cidad. La decisión era constitutiva, por lo que no afecta a los actos que el incapacitado hubiere realizado antes de la presentación de la demanda.

OCTAVA.—La doctrina se plantea el problema de que si deben resolverse las cuestiones de incapacidad a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria o en su defecto en un proceso contencioso, por lo que respecta al primero de los planeamientos se señala que al no existir contraposición de interés entre el que solicita la incapacidad y el propio sujeto incapaz, además de la premura sobre la protección no solo de la persona de este sino de su patrimonio, es por tanto considerado más conveniente el procedimiento de jurisdicción voluntaria. A diferencia de la postura presentada se determina por un grupo de tratadistas que en virtud de la importancia que reviste la declaración de incapacidad, ya que se le priva al sujeto del ejercicio por sí mismo de sus derechos, no debe de plantearse, sino es que en un proceso de naturaleza contenciosa. Al parecer esta última posición la acogió el legislador, con la previsión de que pueda el juez tomar las medidas cautelares necesaria para proteger tanto a la persona como al patrimonio del incapaz, por lo que ya no existe la extrema necesidad de agilizar dicho procedimiento.

NOVENA.—El proceso de incapacitación por enfermedad se promueve ante el juez civil ordinario, de primera instancia del domicilio del incapacitado, en donde necesariamente interviene el Ministerio Fiscal.

Tiene capacidad legal el presunto incapaz (en virtud de que no existe sentencia que todavía así lo determine), y existe verdaderamente una legitimación activa (demandante) y legitimación pasiva (demandado), aún cuando puede no presentarse un proceso contradictorio.

Se rige por el principio de posibilidad, idoneidad y causa del objeto procesal; su posibilidad se deduce de la aptitud física y moral de la pretensión que se deduce.

La idoneidad se traduce en solicitar solo lo previsto dentro de la pretensión y no materia distinta alguna, en cuanto a la causa, ser parte de la misma las enfermedades o deficiencias de carácter persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma; de igual manera los principios menores serán el de oralidad, concentración y de inmediación.

Son sujetos en un proceso de incapacitación y atendiendo a que el espíritu del legislador es que todo incapaz tenga protección, se señala que tienen facultad para denunciar la incapacidad cualquier persona ante el Ministerio Fiscal, o a los funcionarios públicos, que por razón de su encargo conozcan una posible causa de incapacidad. El juez puede tomar las medidas necesarias para el proceso, pero no puede iniciar de oficio el mismo.

Tienen legitimación activa:

a) El cónyuge y descendientes del presunto incapaz, de manera indistinta y a falta de éstos, los ascendientes o hermanos, para lo cual no solo deberán de acreditar el parentesco sino que además deberán de justificar su legitimación, por ejemplo si promueve el hermano deberá de justificar que los demás autorizados no han promovido.

b) El Ministerio Fiscal, el cual además tendrá por función el promover el juicio de incapacitación, ser defensor del presunto incapaz, cuando no haya sido denunciado por él; y aún para el caso de que ya se encuentre representado por procurador y asistido por letrado, vigilará sus intereses dentro del proceso.

De cualquier manera el presunto incapaz es el demandado en dicho procedimiento.

DÉCIMA.—El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda la cual deberá de contener los hechos, los fundamentos de derecho y designar con claridad y precisión lo que se solicita, así como la persona a la cual se está designando como presunto incapaz.

Admitida la demanda, no se da origen al proceso conciliatorio (como sucede en los procesos de menor cuantía) en virtud de que las partes no tienen interés en llegar a un acuerdo para evitar el litigio.

Tiene un objeto único por lo cual no da lugar a la acumulación de acciones así como tampoco a la reconvencción, de igual suerte tampoco se dará la fijación de hechos por admisión o por falta de negación (confesión ficta).

Se recibe la demanda, debe de acordarse de oficio con independencia de lo solicitado por las partes, y se procede a abrir una pieza a prueba, misma que se deberá de practicar de manera obligatoria por cualquiera de los siguientes medios probatorios: Testimonial de los parientes más cercanos; examen del presunto incapaz; prueba pericial médica al menos, sin perjuicio de poder solicitar más.

DÉCIMA PRIMERA.—El juicio de incapacitación termina con sentencia, con lo cual queda clara la diferencia con el proceso de incapacitación anterior a la reforma que prevenía un proceso de jurisdicción voluntaria.

En la sentencia el juez determinará si existe o no una incapacidad y en su caso cual es su grado y alcance, absteniéndose de decidir de todo aquello que no sea motivo de la litis, por lo cual se especificará si el incapaz puede realizar algún acto por sí mismo, adquiriendo la fuerza de cosa juzgada.

A diferencia de lo anterior la sentencia que desestime la demanda es solo de naturaleza declarativa y su pronunciamiento solo es de cosa juzgada material, por lo que no se podrá promover otro juicio contra la misma persona y por los mismos hechos materia de la *litis*.

Si la sentencia es absolutoria su fuerza será vinculatoria y prejudicial, por lo que solo si sobrevienen hechos nuevos, constitutivos de la incapacitación, el Ministerio Fiscal o cualquier otra legitimada podrá solicitar uno nuevo.

La sentencia de incapacitación es erga omnes y por lo tanto se inscribirá en el Registro Civil.

DÉCIMA SEGUNDA.—Son sujetos en el proceso, con legitimación activa, el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o en su defecto estén en aptitud de poder reclamarlos, así como los representantes legales de cualquiera de ellos o en su defecto del Ministerio Fiscal.

El contenido de los alimentos no solo se refieren a la porción nutricional sino a la casa, vestido, asistencia en caso de enfermedad y en su caso la edu-

cación, de igual manera respecto de los cónyuges comprenden el deber de socorrerse mutuamente.

Siempre queda claro que el deber de prestar alimentos se refiere a los hijos menores de edad.

Es demandado (pasivamente legitimado) el deudor alimentista por vínculo matrimonial (cónyuge), parientes (ascendientes y descendientes) o aquellos que puedan ser acreedores alimentistas del presunto pródigo.

En cuanto a este procedimiento sólo difiere del de incapacidad por enfermedad, en lo que estriba en la rebeldía, ya que demandado que no comparece, si debe de ser declarado así, tomando como medidas cautelares que las notificaciones sean publicadas en estrados. Otra diferencia radica en la prueba por reconocimiento médico, ya que no aplicará para este tipo concreto de incapacitación.

En cuanto a la sentencia produce efectos *ex nunc*, por lo que hay ciertos actos del pródigo que realizados entre la presentación de la demanda y la sentencia son impugnables, cuando sea necesaria la intervención del curador para lo mismo.

DÉCIMA TERCERA.—En visto de lo anteriormente señalado, se considera preciso el concluir que si bien es cierto que la legislación mexicana ha evolucionado, es necesario que en materia procesal también lo haga, y a efecto concreto, en esta materia, someta a reforma el proceso de incapacitación; de una jurisdicción voluntaria a un procedimiento contencioso, en donde se le dé oportunidad al presunto incapaz de ser oído en juicio y por lo tanto no se viole la garantía individual de audiencia, consagrada en el artículo 14 constitucional, dando una verdadera importancia a dicho proceso en virtud, de que inhabilita al sujeto a poder realizar por sí mismo sus relaciones jurídicas.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 59ª ed., México, Editorial Porrúa, 1996.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, 60ª ed., México, Editorial Porrúa, 1994.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, México, Editorial Pac, 1991.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, México, Editorial Sista, 1997.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, Comentado. Tomo I, 3ª ed., México, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*, 19ª ed., España, Editorial Civitas, 1996.

## II. OBRAS

- ALBACAR LÓPEZ, José Luis y Mariano Martín Granizo. *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, 3ª ed., Madrid, España, Editorial Grefol, S.A., 1992.
- BECERRA BAUTISTA, José, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 1983.
- BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, tomo I, Argentina, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.
- BORDA, A., Guillermo, 11ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot, 1993.
- DE CASTRO Y BRAVO Federico, *Derecho Civil Español*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- DE LA OLIVA, Andrés y Miguel Ángel Fernández, *Derecho Procesal Civil IV (Los Procesos Especiales)*, 4ª ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1995.
- DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. II, 3ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DUHAL MONTERO, Sara, *Derecho Civil*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1988.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa, 1980.
- GARCÍA MORINA, Manuel, *Interdictos*, Barcelona, Editorial Seripost, 1992.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- MICHELI GIAN, Antonio, *Derecho Procesal Civil*, vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1970.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., México, Editorial Harla, 1989.
- ROCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. VII (Procedimientos Especiales), Buenos Aires, Editorial de Palma, 1982.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1984.