

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

PONENCIA

CENTRO DE ESTUDIOS. Madrid. 31 y 1 de febrero de 2006

BILBAO, 22, 23, 24, DE FEBRERO DE 2006.

CARLOS GANZENMÜLLER ROIG

Fiscal del Tribunal Supremo

1.- Planteamiento general.

El deber de protección a las personas con discapacidad por parte del Ministerio Fiscal parte de dos claras vertientes: De un lado, la CE. recoge en su art. 49, “el deber de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente en el disfrute de sus derechos” y de otro, el art. 124 de la CE., atribuye al Ministerio Fiscal promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, concretándose en el EOMF., “que compete al Ministerio Fiscal tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procedimientos relativos al estado civil y asimismo, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representante legal no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan”.

(Art. 3. 6 y 7).

La intervención del Fiscal en el orden jurisdiccional civil es una necesidad impuesta, no ya por razones históricas, sino por la propia delimitación constitucional de sus funciones.

La defensa de la legalidad, entendida ésta en un sentido estático, llevaría a una inaceptable omnipresencia del Fiscal en todos los conflictos que surgieran en el orden civil, con independencia de su objeto.

La delimitación de los procesos o de los actos procesales en los que la presencia del Fiscal –en cuanto defensor constitucional de los intereses públicos-, deba estar garantizada, ha de ser el fruto de una decisión legislativa.

Es entendible que esa presencia no pueda hacerse depender de la propia iniciativa institucional del Fiscal o de la mayor o menor dedicación con la que asuma el ejercicio de sus deberes legales.

Desde esta perspectiva, y con sensibles modificaciones respecto de la regulación anterior, la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sigue considerando determinados procesos como controversias jurisdiccionales en las que su objeto trasciende al interés particular de las partes litigantes, atribuyendo al Fiscal la condición de parte de todos lo procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial e impugnación de la filiación (art. 749.1 LEC.), debiendo intervenir, con carácter general, en todos los que se refieran a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, siempre que alguno de los interesados en el

procedimiento fuera menor, incapacitado o estuviera en situación de ausencia legal (art. 749.2 LEC.)

El de los procesos relativos a la capacidad de las personas es uno de los ámbitos en que la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada, por su peculiar posición de garante de los derechos de los incapaces y de institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva, en tales casos, a asumir legalmente su representación y defensa (arts. 8.2 LEC. y 3.7 EOMF), actuando siempre como protector de los derechos de las personas discapacitadas y en su único y exclusivo interés.

Por lo tanto, en los procedimientos sobre capacidad de las personas, el Ministerio Fiscal debe intervenir siempre. Bien, como defensor de la legalidad y del interés público o social que conllevan todas las cuestiones relativas al estado civil de las personas, o como defensor de los intereses del presunto incapaz o del incapacitado.

El Ministerio Fiscal está siempre legitimado para presentar la demanda de incapacidad cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en los apartados 1 del Art. 757, (el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos), con la única excepción de la incapacitación de menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (Art. 757.4).

Las características específicas de estos procesos especiales, que se inspiran en los principios de inmediación, oficialidad, y de protección al presunto incapaz, determinan un incuestionable interés público, que excede del ámbito puramente personal y privado, en detrimento del principio dispositivo, propio de nuestro sistema procesal civil.

Consecuencia de ello, será que el Fiscal sea parte en estos procesos, si bien, sólo en un sentido formal, ya que en todo caso su actuación estará orientada en el aspecto material por los principios de imparcialidad y de defensa de la legalidad y del interés público o social.

Esto se manifiesta en la diversa posición que puede corresponder al Fiscal en el proceso, determinada únicamente por el hecho de quién sea el que tome la iniciativa procesal.

Si es el Fiscal quien interpone la demanda, obviamente será el demandante. Si la demanda la interpone otra persona y el presunto incapaz no comparece con su propia defensa y representación, el Fiscal intervendrá asumiendo la representación y defensa de éste.

Por el contrario, si el Fiscal no es demandante y el presunto incapaz decide comparecer con su propia defensa y representación, el Fiscal intervendrá como parte sui generis.

2.- El Ministerio Fiscal en la fase preprocesal.

El principio de oficialidad también se encuentra reflejado, aunque en forma matizada, en la práctica de las diligencias preprocesales que sean necesarias, cuando se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación, siempre que sea realizada por cualquier

otra persona conforme a lo previsto en el Art. 757.3, LEC., que, aunque no obligan al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacitación, le impulsan a analizar las circunstancias del caso y en función de las mismas determinar si procede o no la interposición de la demanda.

Esta conclusión queda reflejada en el Art. 762.1, que dispone que el Fiscal, cuando la autoridad judicial haya puesto en su conocimiento la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente”.

Para que el M. Fiscal pueda interponer una demanda en declaración de incapacidad, debe tener previo conocimiento de la existencia de una persona que padezca alguna enfermedad física o psíquica que la incapacite.

Cualquier persona puede comunicar al Fiscal, la existencia de aquella circunstancia, transformándose esta facultad en obligación legal para las autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo tuvieran conocimiento de ello, y para el Juez que haya adoptado de oficio alguna medida cautelar de protección del presunto incapaz. (Art. 757.3, y 762.1, de la LEC).

Normalmente este “conocimiento”, llega al Fiscal por las comunicaciones realizadas por los centros en donde se hallan internadas (que suelen ser obligatorias conforme a las legislaciones autonómicas), organismos públicos como la Seguridad Social, por los informes emitidos por los profesionales de las redes de asistencia social dependientes de Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales, así como por los familiares, vecinos o conocidos del presunto incapaz.

Recibida la noticia por parte del Fiscal, se inicia una fase que se podría llamar de “instrucción” y que en la práctica diaria se suele denominar “diligencias informativas previas a la interposición de la demanda” por cuanto consisten en recabar toda la información necesaria para poder determinar si procede o no interponer demanda de incapacitación, y en su caso, poder promoverla adecuadamente.

Se intenta recopilar información actual sobre la enfermedad padecida, sobre los familiares próximos a la misma, a fin de poder proponer a quién pueda asumir la defensa judicial y, en su caso, la tutela¹ o cualquier otro régimen tutelar, sobre su situación económica y personal, o por si procede solicitar con carácter previo o junto con la demanda medida de protección cautelar.

Recabada toda la información, se debe de resolver sobre si procede o no interponer la demanda. Al respecto cabe indicar que el Ministerio Fiscal no puede optar entre promover o no promover la incapacitación, cuando realmente existe una causa de incapacitación, y a ello se refiere el artículo 757.2 de la L.E.C. cuando se emplea la expresión “deberá”.

Las diligencias informativas se archivarán desde el mismo momento en que se inicia el procedimiento judicial, así como también en el supuesto de que no proceda interponer demanda de incapacitación, según las investigaciones

¹ Supone una importante novedad introducida por la LEC, la posibilidad de acumular al proceso de incapacitación la acción de nombramiento de las personas que vayan a ejercer la tutela o curatela (Art. 759.2), y que la sentencia se pueda pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (Art. 760.1).

realizadas por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que, habida cuenta del motivo del archivo, se acuerde reaperturarlas si las circunstancias se modifican, y sin perjuicio de comunicar la decisión a quienes resulten ser familiares legitimados, para que puedan interponer la correspondiente demanda si lo estiman procedente.

De iguales características gozará la legitimación activa del Ministerio Fiscal a fin de promover la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación.

El artículo 758 de la LEC. establece que, para el supuesto de que el presunto incapaz no hubiera designado letrado ni procurador, el Ministerio Fiscal asumirá su defensa, siempre que, evidentemente, no ostente la cualidad procesal de parte actora.

Sea con carácter previo al proceso de incapacitación o sea en el transcurso del mismo, se haya planteado de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o a instancia de parte, la medida de internamiento como medida de protección de la persona deberá transmitirse siguiendo siempre lo establecido en los artículos 734, 735, 736 de la L.E.C., por tanto como una medida cautelar.

3.- Intervención en los procedimientos de incapacidad, de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación (Art. 761, LEC).

3.1. Entre las novedades introducidas por la nueva LEC., destacaremos las importantes especialidades en materia probatoria previstas en el Art. 759 LEC.

El Juez, además de practicar las pruebas que soliciten las partes y estime pertinentes, o las que acuerde de oficio, deberá con carácter preceptivo oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar a éste por sí mismo y "acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes".

Entre estos dictámenes periciales, el Juez deberá en todo caso solicitar un informe médico, ya que el previo dictamen médico pericial es una diligencia de prueba insoslayable, como expresamente afirma el Art. 759.1 in fine. Asimismo, para garantizar la vigencia del principio de inmediatez en la segunda instancia, también en ésta se habrán de volver a practicar preceptivamente las pruebas mencionadas (Art. 761.3).

Otras importantes novedades introducidas por la LEC son: la posibilidad de acumular al proceso de incapacitación la acción de nombramiento de las personas que vayan a ejercer la tutela o curatela (Art. 759.2), y que la sentencia se pueda pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (Art. 760.1).

Es conveniente para que esta posibilidad legal tenga la aplicación práctica que el legislador pretende, que en la actuación preprocesal del M. Fiscal, este tenga la posibilidad de concretarlo en la demanda, pues, como se infiere de los arts. 759.3 y 760.2 a contrario, el Juez no puede proceder a la constitución del órgano tutelar en la misma sentencia que declare la incapacidad si no le ha sido solicitado en la demanda, aunque deberá en tal caso ordenar la deducción del oportuno testimonio para iniciar de oficio el expediente de constitución de la tutela o curatela (Art. 228 y 291 CC).

Análogamente, el Juez deberá pronunciarse sobre la necesidad o no de internamiento siempre que haya sido solicitado por alguna de las partes y tal extremo haya podido ser objeto de contradicción y de práctica de prueba en los términos del Art. 763.3. No obstante, también podrá el Juez acordar de oficio el internamiento si lo estima procedente, si bien en este caso no parece que deba acordarlo en sentencia, sino como medida cautelar durante el proceso al amparo del Art. 762.2, dando traslado del asunto al Ministerio Fiscal para que inste si lo estima pertinente el procedimiento previsto en el Art. 763.

3.2. Apenas difiere del proceso de incapacitación, la regulación de los procesos de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación (Art. 761) con la particularidad del reconocimiento de legitimación activa al tutor, curador o guardador, y al propio incapacitado, si bien este último -en caso de haber sido privado de la capacidad de comparecer en juicio- precisará una autorización judicial expresa.

4. Intervención en la adopción de la medida de internamiento.

El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico se regula en el Art. 763. Se contemplan dos posibilidades: la autorización judicial previa del internamiento y la ratificación judicial a posteriori del internamiento urgente.

En el primer caso es competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona cuyo internamiento se pretenda, y en el segundo caso el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro en que haya tenido lugar el internamiento, con las lógicas modulaciones derivadas en su caso de la existencia de Juzgados especializados o de la organización de los servicios de guardia.

Se trata de un procedimiento que habrá de sustanciarse con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria. El proceso tipo del Art. 753 (juicio verbal con contestación escrita a la demanda) es incompatible con la celeridad con que normalmente se debe desarrollar y resolver el proceso, al igual que lo es en general la estructuración de un proceso contencioso en el que se haya de designar al enfermo un defensor judicial; tampoco sería solución atribuir la defensa al Ministerio Fiscal como prevé para el proceso de incapacitación el Art. 758, no sólo porque puede haber sido a la vez el promotor del expediente, sino fundamentalmente porque no es intención de la Ley atribuir al Fiscal la condición de parte en este peculiar procedimiento, sino la de simple dictaminador, toda vez que la Ley dice que el Juez "oirá (...) al Ministerio Fiscal", expresión que resultaría redundante si se tratase de una parte en un proceso contencioso. Únicamente en el caso de que aquél cuyo internamiento se pretenda se oponga al mismo, el proceso se transformará en contencioso (Art. 1818 LEC 1881), debiendo sustanciarse con arreglo a las normas del juicio verbal (Disposición Derogatoria única 1.1ª in fine), es decir, los Art.437 ss. y no el Art. 753.

Las novedades mas importantes introducidas en este procedimiento son: a) la necesidad de audiencia previa al Ministerio Fiscal, b) el reconocimiento a la persona afectada por el internamiento del derecho a designar abogado y

procurador; y c) el reconocimiento expreso de la posibilidad de recurrir en apelación el auto que acuerde o deniegue la medida, para lo que estarán legitimados tanto el solicitante de la medida como en su caso quien haya sido internado, si bien en este último caso la apelación se admitirá en un solo efecto (Art. 1819 y 1829 LEC 1881).

No resultan infrecuentes los supuestos en los que familiares, vecinos o agentes de la autoridad solicitan la autorización judicial previa de un internamiento que se considera necesario para evitar un riesgo inminente para la vida o la integridad física -bien del enfermo o bien de las personas que están a su alrededor-, o en los que es preciso el empleo de la fuerza pública para mantener reducido al enfermo, en tanto no pueda ser examinado por el médico y por el Juez.

En estos casos, es probable que la práctica de alguna o algunas de las diligencias de prueba legalmente previstas no se concilie adecuadamente con la necesidad urgente de resolver sobre la procedencia del internamiento.

En algunas ocasiones, esta imposibilidad podrá afectar al trámite de audiencia de alguna persona que solicite el afectado, cuyo domicilio se desconozca o que resida en lugar lejano, o a la misma audiencia del Fiscal, particularmente cuando el lugar de las actuaciones se encuentre físicamente muy alejado de la sede de la Fiscalía y no haya habido oportunidad de avisar al Fiscal con la antelación suficiente.

Si se tiene presente que en tales supuestos cualquier autoridad, o incluso un particular, podría llevar a cabo inmediatamente el internamiento y ponerlo a posteriori en conocimiento del Juez, que dispondría de un plazo de setenta y dos horas para ratificarlo o alzarlo, resulta obligado admitir que el Juez también podrá en estos casos autorizar el internamiento urgente, aun sin haber practicado alguna de las diligencias que preceptúa la Ley, sin perjuicio de concluir posteriormente la tramitación del expediente, y ratificar o alzar la medida en el mismo plazo de setenta y dos horas previsto en el Art. 763.1.

Corresponde al mismo Juez que autoriza o ratifica el internamiento el control de la ejecución de la medida, la cual se llevará a cabo mediante la remisión y recepción de informes semestrales (o con mayor frecuencia y siempre que lo solicite el Juez), recibidos los cuales el Juez habrá de resolver sobre el alzamiento o la continuación de la medida. Sin perjuicio de ello, el médico que atiende al enfermo puede decretar el alta cuando lo estime conveniente para su salud, y comunicarlo así al Juez (Art. 763.4).

A pesar de que la Ley encomiende de manera particular al Juez el control de la ejecución de la medida, no puede el Fiscal permanecer ajeno a las vicisitudes del internamiento.

En la línea ya apuntada en su día por las Instrucciones 3/1990, de 7 de mayo, y 6/1987, de 23 de noviembre, se exige del Fiscal una actitud vigilante, que conlleva desde la posibilidad de pedir informes sobre la evolución del internamiento, con la periodicidad que se considere oportuna y que será en ocasiones inferior a la establecida en la Ley, hasta la necesidad de visitar periódicamente los centros de internamiento e interesarse por la situación de

los internos, facultad reconocida a los Fiscales por el Art. 4.2 EOMF y que en su día fue recordada por las citadas Instrucciones.

5.- Intervención en la adopción de otras medidas cautelares.

El principio de oficialidad que inspira estos procesos, tiene en las medidas de protección cautelares una clara manifestación. El art. 762 de la LEC., sigue distinguiendo entre las medidas cautelares preprocesales y las medidas cautelares procesales.

Las primeras únicamente podrán ser adoptadas de oficio por el tribunal competente o bien podrán ser solicitadas por el Ministerio Fiscal en cuanto tenga conocimiento de la existencia de una persona con una posible causa de incapacitación.

En todo caso, si el juez estima que debe adoptar alguna medida de protección preprocesal comunicará al Ministerio Fiscal la información que posea a fin de que éste estime si procede o no interponer demanda de incapacitación.

Las segundas pueden ser adoptadas de oficio, o a instancia de cualquiera parte durante la tramitación del procedimiento de incapacitación.

Tanto unas como otras podrán tener por objeto la protección de la persona del presunto incapaz, o su patrimonio, o ambas esferas a la vez, siendo frecuente que como medida cautelar se nombre un administrador provisional, se adopten medidas de control de los bienes, como bloqueo de cuentas, anotación de la demanda en el Registro de Propiedad o en el Registro de Mercantil, dentro de la esfera patrimonial; o por ejemplo la sumisión a tratamiento ambulatorio o internamiento, dentro de la esfera personal².

Estas medidas cautelares se debatirán adoptarán siempre previa audiencia del presunto incapaz y de las personas afectadas por las medidas a imponer

6.- Organización de las Fiscalías en materia de discapacidades.

No cabe duda, que la organización de las distintas Fiscalías, dado su ámbito provincial de actuación, depende en buena manera de sus concretas necesidades y de los medios personales de que se disponga para llevarlos a cabo. Por ello, cada una se organiza en esta y en las demás materias en la forma que disponga el Fiscal Jefe responsable, oída en su caso la Junta de Fiscales.

Sin embargo, la mayor parte de las Fiscalías, para atender los asuntos civiles, han optado por la creación de Servicios Especializados, al frente del cual se halla un Fiscal Coordinador responsable de su funcionamiento.

Los Servicios Especializados en Discapacidades atenderán sin carácter exclusivo, todas las intervenciones del M. Fiscal en los distintos procedimientos de incapacidad, y muy especialmente en la incoación y práctica de las

² Merece especial atención el tratamiento ambulatorio como medida cautelar, por la importante aplicación práctica que tiene, pudiendo adoptarse cuando exista un procedimiento de incapacitación en trámite o vaya a promoverse en un futuro inmediato.

No hay instrumento legal alguno que permita someter a tratamiento a una persona que no se halla presuntamente incapacitada, suponiendo ello una importante laguna legal que, a la postre, implica que exista un mayor número de internamientos por incumplimiento de un tratamiento ambulatorio seguido voluntariamente por una persona que, si bien padece una enfermedad que le hace tributario de internamiento, no es presuntamente incapaz.

“Diligencias de investigación previas a la interposición de las demandas de incapacidad”, solicitud de medidas cautelares, internamientos y recursos que pudieran interponerse.

Intervendrá activamente en el seguimiento de todos los internamientos, efectuando visitas periódicas a los centros de internamiento interesándose por el estado de los enfermos. (Art.4.2 EOMF).

En la constitución y desarrollo de las instituciones tutelares, como órgano de fiscalización de la tutela, ejercerá de oficio o a instancia de parte todas las acciones que considere necesarias en defensa de los intereses del tutelado.

Igualmente, se giran visitas periódicas a los centro geriátricos, en unión con los responsables administrativos de las Comunidades Autónomas responsables, para conocer las condiciones físicas y psíquicas en que se encuentran los residentes.

Finalmente, no me resisto a señalar el volumen de trabajo que originan la intervención del M. Fiscal en estos procedimientos.

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado relativa a los datos estadísticos del año 2002, las intervenciones del Ministerio Fiscal en estos procedimientos fueron:

Procedimientos de incapacidad.....	20.555.
Tutelas.....	11.102.
Internamientos.....	30.015.

7. La intervención del ministerio Fiscal también se extiende a la nueva legislación que de esta materia se ha publicado recientemente, en la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, 41/2003, de 18 de noviembre, y en la Ley de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

7.1. Función del M..Fiscal en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad

7.2. Introducción.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria pretende otorgar a las personas con discapacidad una protección integral de su persona y patrimonio, concediendo para ello ciertos beneficios fiscales.

Supone un notable avance en la defensa de la persona discapacitada y conlleva una reforma de gran calado tanto en materia de derecho civil, procesal y tributaria, que en este momento y en relación al contenido de mi exposición, se va a circunscribir a una primera aproximación a su contenido general y a la relevante intervención que el legislador ha otorgado al Ministerio Fiscal, como supervisor institucional de dicho patrimonio.

7.3. Origen, fundamento y principios inspiradores de la ley.

Contempla el legislador una realidad social claramente definida por la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, con la lógica preocupación de asegurarse que cuando ellos falten, sus hijos continúen teniendo las mismas atenciones y cuidados que se les están prestando.

De otro lado, se ponen de manifiesto nuevas formas de discapacidad, como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que suponen un alargamiento de la vida del discapaz siendo aconsejable que la asistencia económica a este se haga no solo por la familia, el Estado o la Comunidad Autónoma, sino a través de su propio patrimonio.

Deriva la nueva regulación del mandato constitucional del art. 49³ y supone un importante paso a delante que viene a colmar un vacío legal evidente, denunciado reiteradamente por las instituciones directamente relacionadas con esta problemática.

Los principios generales que vienen a configurar la ley, se pueden sistematizar del modo siguiente:

a) Principio de exclusividad.

En cuanto a las personas, sus beneficiarios pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, expresamente determinados en su art. 2⁴, y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas. (Art. 5.2).

En relación al patrimonio, que se configura como un patrimonio separado y de destino, está integrado por un conjunto de bienes y derechos que se encuentran vinculados inmediata y directamente a la persona discapacitada.

b) Principio de actuación en interés de la persona con discapacidad.

Es el principio que inspira la totalidad de la ley. Así, “Cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad.

Pero no teniendo capacidad de obrar suficiente, en caso de negativa injustificada de los padres o tutores, a la constitución o las aportaciones al patrimonio protegido, el solicitante con interés legítimo podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad”.

Se penaliza a los que se hubieran negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido, o a recibir aportaciones posteriores, al excluirles del cargo de administrador.

³ La C E. recoge en su Art. 49 el deber de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente en el disfrute de sus derechos”.

⁴ A los efectos de la ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Las aportaciones de terceros deberán realizarse siempre a título gratuito.

c) Principio de tutela institucional.

Si bien se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas, favoreciéndose de esta forma que la administración pueda corresponder a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención a las personas discapacitadas, el principio de tutela institucional, tiene en la ley diversas manifestaciones:

1.- Salvo que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, las reglas de administración, deberán contemplar la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

2.- Se otorgan con carácter institucional al Ministerio Fiscal dos funciones de especial trascendencia:

a) El control de legalidad general en la constitución y forma del patrimonio protegido, al estar legitimado para actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, siendo oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él.

b) La supervisión de la administración, donde se distinguen dos tipos de controles: Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle. Una supervisión especial cuando las circunstancias concurrentes lo hicieran preciso, pudiendo solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad.

Por otro lado, la ley crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Asuntos Sociales, como órgano de apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal en todas las funciones de supervisión encomendadas al mismo en relación con la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

En cuanto a la forma, la constitución del patrimonio protegido requiere importantes requisitos formales, debiéndose constituir en documento público, o por resolución judicial en su caso, siendo necesario además, un contenido mínimo de las reglas de administración.

Finalmente, se le otorga al patrimonio protegido una especial protección registral, al exigirse que la representación legal de la persona discapacitada se haga constar en el Registro Civil y la integración en el patrimonio protegido de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo, debe hacerse constar con esta cualidad en la inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad.

7.4. Ámbito de aplicación.

En cuanto a su ámbito, se entiende aplicable todo el territorio nacional, sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.a de la Constitución española y

los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil.

8. Control y supervisión del patrimonio protegido.

Especial relevancia, cobran las funciones de control y supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, encomiendas al M. Fiscal⁵

Se pueden distinguir dos funciones complementarias, cuya competencia exclusiva corresponde con carácter institucional al Ministerio Fiscal.

a) El control de legalidad general en la constitución y forma del patrimonio protegido. El Ministerio Fiscal está legitimado para actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él.

b) La supervisión de la administración, donde se distinguen dos tipos de controles:

Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle.

Una supervisión especial cuando las circunstancias concurrentes lo hicieran preciso, pudiendo solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad.

Pasaremos a examinarlas más detalladamente. La función de control abarca distintos supuestos:

a) Intervención en la constitución del patrimonio protegido.

Ya hemos visto que "cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin. En caso de negativa injustificada de los padres o tutores, el solicitante podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. Si el juez autorizara la constitución del patrimonio protegido, la resolución judicial determinará el contenido a que se refiere el apartado siguiente de esta ley. El cargo de administrador no podrá recaer, salvo justa causa, en el padre, tutor o curador que se hubiera negado injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido. (art. 3. LPP)

En iguales términos, "cuando las aportaciones al patrimonio protegido, de bienes y derechos sean posteriores a la constitución del mismo⁶, pues si los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la

⁵ El fundamento de la intervención institucional del M. Fiscal, deriva del Art.124 de la CE, desarrollado en este aspecto en el Art. 3 del EOMF de 1981

⁶ Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término. (art. 4).

persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad. (art. 4LPP).

b) *Intervención relativa a la designación de administrador del Patrimonio Protegido.*

Ya hemos dicho que el Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él.

Esta actuación se concreta en el supuesto en que no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, correspondiendo solicitar al Ministerio Fiscal lo que estime procedente ante la autoridad judicial.

De otro lado los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

Supuestos contemplados en el art 5. LPP., relativos al tutor en los arts. 271 y 272 del CC.

c) *Intervención en la extinción del patrimonio.*

Finalmente, también interviene el Ministerio Fiscal en el supuesto de extinción del Patrimonio. (art. 7.LPP.)

Aunque la ley no lo mencione expresamente, la extinción del patrimonio por alguna de las causas legalmente previstas, implicará una rendición de cuentas general por parte del administrador que deberá aprobar el Ministerio Fiscal, pudiendo intervenir en todas las cuestiones que afecten a los intereses del beneficiario.

9. *La supervisión del patrimonio protegido.*

En cuanto a su función de supervisión destacaremos varios aspectos de interés.

El primero se basa en que el constituyente puede establecer las reglas de supervisión y fiscalización de la administración del patrimonio que considere oportunas, a pesar de lo cual, la ley otorga la supervisión institucional del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal, respecto del cual se prevén dos tipos de actuaciones:

Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle.

Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad.

A estos efectos, el Ministerio Fiscal que actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido, instando del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad. La ley señala como actuaciones concretas las siguientes: la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

En el supuesto especial, de que no sean designados como administradores, la propia persona con capacidad suficiente beneficiaria del patrimonio, o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente. Sigue aquí el legislador el mismo criterio en la actuación del tutor, respecto de las reglas de administración en los bienes de la persona tutelada. (art. 269.4. del CC)

El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes. (art. 7. LPP).

10. Intervención del M. Fiscal en todos estos procedimientos contemplados por la ley.

Constituye otra novedad importantísima de la ley, la legitimación del presunto incapaz a promover su propia incapacidad, modificándose, el artículo 757.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, configurándose legalmente la autotutela.

La posibilidad que tiene una persona capaz de obrar, de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad, lo cual puede ser especialmente trascendente en el caso de enfermedades degenerativas. Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o discapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

La autotutela se regula introduciendo cambios puntuales en el Código Civil, consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacidad, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación. Se garantiza, mediante los mecanismos oportunos que el juez que estuviera conociendo de la constitución de la tutela pueda conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sean del propio incapaz.

10. La Comisión de Protección Patrimonial.

La Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, aprobada por el Congreso de los Diputados el 6 de Noviembre, creó en su art. 7, la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad como órgano externo de apoyo y asesoramiento del Ministerio Fiscal en las funciones de supervisor de la administración del patrimonio que les corresponde.

Por Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, modificado por Real Decreto 2270, de 30 de diciembre, se determina la composición, el funcionamiento y las funciones de la Comisión, que dada la importancia y la especialización que estas pueden requerir, se prevé que en ella participen, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad, sin que se considere en ningún caso la intervención del Ministerio Fiscal, en dicha Comisión.

Esta Comisión está adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familiares y Discapacidad, siendo un órgano colegiado del que forman parte representantes de la Administración General del Estado y de las asociaciones de ámbito estatal, representativas de los distintos tipos de discapacidad.

10. 1. Funciones

La Comisión ofrecerá apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal en todas las funciones de supervisión encomendadas al mismo en relación con la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad:

-Aportará su apoyo en cualquier actuación judicial relacionada con el patrimonio protegido.

-Asesorará al Ministerio Fiscal a la hora de rendir cuentas por parte del administrador de la gestión del patrimonio protegido, en lo referente a la relación de la gestión y al inventario de los bienes y derechos del mencionado patrimonio.

-Colaborará con el Ministerio Fiscal en las peticiones al administrador de documentación adicional sobre el patrimonio que considere necesarias

-Emitirá los informes en cuantos asuntos le requiera el Ministerio Fiscal sobre la administración del patrimonio y auxiliará a este Ministerio en sus funciones recabando el asesoramiento de los servicios técnicos que estime necesarios.

-Elaborará una memoria anual que enviará al Consejo Nacional de la Discapacidad.

-Propondrá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos sobre la legislación relacionada con el patrimonio de los discapacitados y responderá a las consultas sobre cualquier iniciativa normativa que tenga relación con la protección patrimonial.

-Efectuará estudios e investigaciones que sirvan para mejorar los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y propondrá actuaciones para la promoción de estos instrumentos, haciendo las

propuestas que considere convenientes al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

10.2. Composición y funcionamiento.

Esta Comisión la integran un Presidente, dos Vicepresidentes, once Vocales y un Secretario. El Presidente será el titular de la Secretaría General de Asuntos Sociales y los Vicepresidentes serán: uno de ellos el Director General del IMSERSO, y el otro la persona designada por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales a propuesta de la Asociación más representativa.

Los Vocales serán seis representantes de la Administración General del Estado y cinco del sector asociativo.

La Comisión actuará en Pleno y en Comisión Permanente. También se crearán grupos de trabajo cuando sea necesario. El Pleno se reunirá una vez al semestre con carácter ordinario y, excepcionalmente, siempre que lo convoque su Presidente. La Comisión Permanente se reunirá cuantas veces sea necesario. A petición del Presidente o de los vocales podrán asistir a esta Comisión Permanente personas u entidades que se considere conveniente.

La Comisión dispondrá de una sección, dentro de la página de Internet del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dedicada a informar a la sociedad sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

El olvido producido en el referido Decreto, respecto a la ausencia del Ministerio Fiscal en la Comisión, debe ser subsanado a la mayor brevedad posible, y se fundamenta en una triple necesidad:

La primera se extrae del propio contenido de las funciones de la misma como un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

Difícilmente dada la multiplicidad de intervenciones que se le otorgan al M. Fiscal en la Ley, como acabamos de exponer, se le puede excluir de un órgano que se constituye para su apoyo, y donde se puedan conocer de primera mano y sin intermediarios sus necesidades y dificultades en el ejercicio de sus funciones.

La segunda proviene del carácter constitucional de la intervención del Ministerio Fiscal, que no es otra que la satisfacción del interés social.

El Ministerio Fiscal debe estar en relación directa con los agentes sociales a los que va destinado su trabajo. Al señalarnos la Ley que en la Comisión “participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad”, nos está imponiendo a todos los órganos intervinientes, la necesidad de enfrentarnos a la realidad, a los problemas concretos y determinados de los discapaces, a través de sus interlocutores sociales.

El M. Fiscal, no puede estar ausente en la percepción de esta realidad, para adecuar sus intervenciones a ella, de la manera más eficaz y solvente, pues se le privaría del punto de vista del destinatario de su trabajo, y del diálogo constructivo para mejorarlo.

Es de resaltar igualmente, que el apoyo a prestar al Ministerio Fiscal se extenderá a todas las Fiscalías de España, tanto a las Fiscalías de los

Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Destacamentos, lo que implica necesariamente la existencia de un único interlocutor del M. Fiscal que canalice las necesidades y el apoyo a prestar, ante la Comisión de Apoyo.

Finalmente, un elemental sentido de la eficacia y del trabajo bien hecho, nos avoca a mantener un contacto directo entre todos los organismos e instituciones implicados en la aplicación de la Ley. De lo contrario sería necesario crear otra subcomisión para establecer una mínima coordinación y relación con el Ministerio Fiscal.

Para subsanar estas deficiencias la F. G. E., acordó con la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familiares y Discapacidad, que la intervención del M. Fiscal en la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad, (RD. 177/2004 de 30 de enero de 2004), quedara determinada, provisionalmente, del modo siguiente:

1.-Comunicación a la Fiscalía General del Estado (Secretaría Técnica) y al Fiscal Delegado ante el Foro Justicia y Discapacidad de la constitución y puesta en funcionamiento de la precitada Comisión, así como la determinación de los miembros que la componen.

2.- Acuerdo o disposición, (de conformidad con la disposición final primera, habilitación normativa, RD. 177/2004 de 30 de enero de 2004.), por la que el M. Fiscal, en la persona que oportunamente se designe por el Fiscal General del Estado, será invitado a todas las sesiones de la Comisión Permanente, sin perjuicio que puedan igualmente intervenir, en caso justificado, los Fiscales que requieran el apoyo concreto. (De conformidad con el punto 3 del Art. 5. del RD. 177/2004 de 30 de enero de 2004).

3.-Canalización a través del Fiscal que se designe, de todas las peticiones, sugerencias o concretos apoyos que requieran los Fiscales que controlen en las respectivas Fiscalías, los patrimonios de las personas con discapacidad que se les encomienden.

4.- Remisión de la Memoria anual prevista en el punto g) Art. 2 del citado RD., al Fiscal General.

11.- Valoración técnica y problemas⁷ planteados en las I Jornadas de Fiscales de Tutelas y Personas con Discapacidad celebradas en Madrid en Junio de

⁷ *La necesaria especialización de los Fiscales encargados del Servicio es una necesidad indudable, constatada en todos los foros, y que se puso de manifiesto en las Jornadas de Fiscales Especialistas en discapacidades y Tutelas de marzo del 2004, con especial énfasis. Por ello, la creación de un nuevo juzgado especializado en Discapacidades, debería conllevar la creación de una plaza de Fiscal especialista para dicho órgano.*

Es preciso e inaplazable, adaptar la realidad institucional y funcional de las Fiscalías a las necesidades que imponen los nuevos tiempos.

La unificación de criterios de actuación, por parte de los Fiscales, deberá apoyarse en la utilización de los mecanismos siguientes: Juntas y Reuniones de los Fiscales de la Sección en la Provincia con la participación de los Fiscales Jefes para dar valor a los acuerdos.

Reuniones de carácter autonómico con el fin de debatir y unificar la actuación en temas de legislación autonómica y cuestiones relativas a la Administración a este nivel.

Reuniones nacionales con adopción de acuerdos como ocurre con los Servicios de Menores o Violencia Domestica.

Elaboración anual del Servicio especializado de un plan de actuación relativo a las visitas y controles prioritarios, que con el visto bueno del Fiscal Jefe pueda marcar la disponibilidad del Servicio.

2004 respecto a la aplicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Resulta de interés mencionar las conclusiones sobre la actuación del Ministerio Fiscal en el patrimonio especialmente protegido de la persona con discapacidad que, presentadas por nosotros tras los debates pertinentes, fueron aprobadas en las I Jornadas de Fiscales de Tutelas y Personas con Discapacidad celebradas en Madrid en Junio de 2004.

1.- La Ley de Patrimonio Protegido rompe el esquema de que sin la incapacidad judicial no existe mecanismo de protección alguna, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de iniciar un procedimiento judicial de incapacidad, haciéndolo solo cuando sea estrictamente necesario. No sería procedente utilizar la comunicación de la existencia de un patrimonio especialmente protegido como iniciador automático del proceso de incapacidad.

2.- Deben arbitrarse mecanismos por los cuales los Notarios comuniquen al Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, que entendemos competente, la constitución o aportación de bienes en el patrimonio protegido, enviando copia de las escrituras, ya que, en ellas, se establecen las normas de administración que el Fiscal debe supervisar.

Para ello, entendemos conveniente que por la FGE y el Consejo Nacional del Notariado se lleguen a acuerdos que insten a los notarios a enviar copias de las escrituras de constitución y aportación de patrimonios protegidos a las Fiscalías antes indicadas. Los Fiscales Jefes trasladaran dicha documentación a las Secciones de Protección de Personas Discapacitadas y, asimismo, enviara fotocopia de toda la documentación a la Fiscalía General del Estado (a la unidad de apoyo a la misma que el FGE designe), con determinación de la numeración de registro en la Fiscalía Provincial

3.- En el caso de constitución judicial, el Fiscal velará porque el auto reúna todas las cuestiones establecidas en la ley (inventario de bienes y derecho, y reglas de administración y de fiscalización), enviando también copia del mismo a la FGE.

4.- Una vez recibida la comunicación anterior, el Fiscal deberá registrar el patrimonio creando una carpeta en la que se introducirá toda la documentación relativa al mismo. Deberá controlar la presentación de las rendiciones de cuentas establecidas legalmente, reclamándolas directamente a los administradores si estos no lo hacen por sí mismos y llevando un adecuado control de las mismas. Los Fiscales serán especialmente escrupulosos en el ejercicio de esta función que complementara el ejercicio del control de la tutela que nos corresponde ejercitar. Esta labor solo podrá desarrollarse si existen medios personales y materiales suficientes.

5.- Las relaciones con la Comisión de Protección Patrimonial del Discapacitado se realizaran a través de la Secretaría General Técnica o de la Inspección de la FGE. Para ello se designara un miembro de la misma que servirá de enlace entre las Fiscalías y la Comisión, velando por que se realice la función de

apoyo al Ministerio Fiscal para la que la misma ha sido creada. Deberá garantizarse el que la misma este asequible para todas las Fiscalías del país, en tanto no se creen unidades delegadas de la misma, al menos, en todas las sedes de los Tribunales Superiores de Justicia y en aquellas provincias en que el número de patrimonios protegidos así lo aconsejen. Estas unidades deben estar a disposición directa de las secciones de protección de las Fiscalías. Los Fiscales que necesiten el apoyo de la Comisión deberán solicitarlo a través del enlace designado en la FGE, siendo este el que lo solicite a la Comisión y mantenga informado de su evolución a la Fiscalía solicitante.

6.- En el caso de que el discapacitado cambie de residencia se remitirá la carpeta y la documentación a la sección de protección de discapacitados competente en el nuevo domicilio, sin perjuicio de dejar nota suficiente en la Fiscalía de origen. Esta remisión se comunicara a las personas interesadas.

7.- En el caso de que se acuda al Fiscal para la presentación de alguna acción relativa a esta materia se incoara expediente informativo en el que se valorara la conveniencia de presentarla, evitando que el Fiscal se convierta en un mero buzón del Juzgado. En todo caso, se tendrá en cuenta el mayor interés de la persona con discapacidad. Deberán oírse las razones de los padres o tutores para oponerse a la constitución o aportación, y, sí el discapacitado posee capacidad suficiente, es conveniente oír al mismo antes de adoptar una decisión, dando una especial importancia al resultado de esta última.

8.- En cuanto a la judicialización de las cuestiones derivadas de estas materias se llega a los siguientes acuerdos:

Por la mayoría de los asistentes se considera que los interesados podrán acudir al Juez directamente a pesar de que la ley parece indicar lo contrario. Otra interpretación atendería contra el principio constitucional de tutela judicial efectiva.

El tribunal competente lo será el Juzgado de Primera Instancia (artículo 85-1º y 2º LOPJ), y si existe de carácter especializado este. Territorialmente lo será el Juzgado del lugar donde resida la persona con discapacidad, en cuyo favor se constituya el patrimonio especialmente protegido, y ello por aplicación de la regla 5ª del artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre el procedimiento a seguir se mantienen dos posturas sin llegarse a una conclusión unitaria⁸:

1ª- La primera entiende que no lo será por los trámites de la jurisdicción voluntaria, ya que no es un procedimiento regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que se mantiene en vigor sólo para aquellos supuestos para los que expresamente se prevén. A pesar de lo dicho, parece excesivo que estos asuntos se tramiten como un procedimiento declarativo verbal, pero tampoco existe un procedimiento especialmente establecido para estos supuestos. Se indica por los que defienden esta postura que si la constitución del patrimonio especialmente protegido surge dentro de un proceso de declaración de incapacidad, o en relación a las personas ya declaradas

⁸ Esta conclusión incurre en el error de obviar la disposición adicional primera de la Ley que remite a la jurisdicción voluntaria de forma expresa.

incapaces, es posible hacerlo a través del procedimiento regulado en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pensado para la adopción de medidas cautelares, incluso de carácter urgente, que se << estimen necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio>>. Como tales medidas se podrán adoptar de oficio o a instancia de parte, por supuesto también a instancias del Fiscal, en el mismo procedimiento de incapacidad o antes de que se haya iniciado, parece que este artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es adecuado para estos supuestos previstos en la Ley 41/2003, en los que se puede acudir al Juez para adoptar medidas que no dejan de ser protectoras y dictadas en beneficio del incapaz o del presunto incapaz. Además, ofrece la ventaja de no ser formalista y de poder adaptarse a cada caso a la hora de practicar las pruebas o diligencias adecuadas a la finalidad pretendida, garantizando siempre la audiencia de las personas interesadas.

2ª- La segunda se decanta por el procedimiento de jurisdicción voluntaria por varios motivos:

*La promulgación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición derogatoria única 1ª) mantiene los trámites procesales para aquellas cuestiones que se tramiten por jurisdicción voluntaria, en tanto se apruebe la ley de reforma de la misma. La LEC remite a un procedimiento, no indica que casos deben realizarse por ese procedimiento con el carácter de *numerus clausus*.*

La jurisdicción voluntaria reúne los requisitos de garantía y celeridad que es necesaria en estas cuestiones y, además, al no crear cosa juzgada permite el que se acuda luego al procedimiento ordinario si se cree conveniente.

Una interpretación integradora hace que consideremos estas cuestiones como propias del conjunto de autorizaciones enmarcadas en la tutela, y, por lo tanto, sometido al régimen del artículo 273 del Código Civil.

9.- Se reconoce la utilidad de la autotutela.

El principal problema que se observa en la misma es el de que su otorgamiento llegue al procedimiento judicial correspondiente. Para ello deberá solicitarse siempre la partida literal de nacimiento del discapaz donde constara la misma y los poderes preventivos.

Debido a la dificultad, en algunos casos, de conocer el lugar de nacimiento y, por ello, de obtener la partida se valora la iniciativa del Consejo General del Notariado de crear en su seno un registro específico, instándose a la FGE para que realice las gestiones pertinentes para su acceso por los Fiscales al mismo en los casos en que sea preciso, comunicando el momento en que esto sea posible.