

D. GONZALO LÓPEZ EBRI
Fiscal Coordinador de la Sección Civil
Tribunal Superior de Justicia de Valencia

*El internamiento no voluntario desde
la perspectiva del Ministerio Fiscal. La
protección personal y patrimonial del
discapaz psíquico en los términos del
art. 763 LEC*

I. Introducción

La Circular 2/1984 y las Instrucciones 6/1987 y 3/1990 de la Fiscalía General del Estado, reguladoras de la intervención del Ministerio Fiscal en los denominados INTERNAMIENTOS NO VOLUNTARIOS, o lo que en la terminología legal denomina el art. 763 LEC “*El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí,...*”, vinieron a dar las pautas de la actuación del Fiscal no sólo en la tramitación del internamiento, sino también en el seguimiento y control de las personas internadas.

Circular e Instrucciones que resolvieron de forma encomiable y precursora la problemática suscitada con la introducción del art. 211 CC con motivo de la promulgación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Encomiable, pues, no obstante darse a sí misma el carácter de transitoria, diciendo “*En la presente Circular pretende darse una solución transitoria, válida al menos hasta que las normas anunciadas en las disposiciones adicional y final de la Ley 24 de octubre de 1983, puedan completar las lagunas, sobre todo de orden procesal, que se advierte*”, han sido capaces de ser el soporte regulador del actuar del Ministerio Fiscal, por lo que a los internamientos se refiere, hasta este momento.

Precursora, porque muchas de las deficiencias legislativas en ella anunciadas, tanto de ubicación como de contenido del derogado art. 211 CC, han sido tenidas en cuenta por el legislador y contempladas y resueltas por la legislación posterior.

Por lo que a la ubicación se refiere, basta ver la crítica que en la Circular se contenía al decir que *“dada la naturaleza del Cuerpo Legal de que forma parte el art. 211 CC, únicamente debería contener los requisitos esenciales legitimadores del internamiento; mas es lo cierto que también desarrolla materias de carácter procesal, y que al ser incompletas dejan sin resolver múltiples cuestiones”*, cuestión tenida en cuenta y resuelta con la publicación de la LEC 1/2000, que deroga el art. 211 CC, el cual, al contener una norma procesal incrustada en una norma sustantiva, ha sido reconducido a su ubicación natural dando lugar al actual art. 763 LEC.

En cuanto al contenido, ya se planteaba la Circular la necesaria legitimación del *presunto incapaz* para oponerse a la medida de internamiento instada por otros, intervención no contemplada en el art. 211 CC. En la redacción actual, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ya recoge el sentir de la Circular, al establecer en el art. 763.3 LEC que *“en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley”*.

De igual modo, fue precursora la Circular al postular, aunque en su primera redacción no lo contemplara expresamente el art. 211 CC, la necesaria autorización judicial cuando se tratara del internamiento de menores sujetos a la patria potestad o tutela; exigencia que textualmente recogió la segunda reforma del art. 211 CC y ha sido trasladada al actual art. 763 LEC, que exigen la autorización judicial para el internamiento *“aunque esté sometido a la patria potestad o tutela”*.

Ahora bien, la evolución legislativa, tanto en el ámbito del derecho sustantivo como procesal, ha sido de tal calado que es necesario afrontar desde esta nueva perspectiva la problemática que tanto la Circular 2/84, como las Instrucciones 6/87 y 3/90, contemplaban.

En este sentido, en el ámbito del derecho sustantivo, el art. 211 CC ha tenido dos redacciones, una la original y tenida en cuenta al redactar la Circular y las Instrucciones, dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de Tutelas, que establecía:

*“El internamiento de un **presunto incapaz** requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.*

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”.

Y otra posterior, dada en virtud de la reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposición Final duodécima, por la que se modifica el primer párrafo del artículo 211 del Código Civil, al que dio la siguiente redacción:

*“El internamiento **por razón de trastorno psíquico** de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.*

El alcance de esta reforma es de tal intensidad que afecta desde el sujeto del internamiento hasta el lugar en el que se ha de efectuar, creando elementos en el tipo que no se podían contemplar en la Circular e Instrucciones, entre otras cosas porque no existían cuando se redactaron.

Reforma que ha sido trasladada con la misma redacción a la nueva LEC.

Desde la perspectiva del ámbito Procesal, las cosas no han sido distintas:

- Se ha promulgado una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 1/2000.
- Se ha introducido un nuevo procedimiento para la incapacitación, el juicio verbal, sustitutorio del antiguo juicio de menor cuantía.

- El procedimiento para los internamientos no voluntarios ha dejado de formar parte de la jurisdicción voluntaria, regulándose por el procedimiento previsto en el art. 763 LEC y/o por el trámite de las medidas cautelares dentro del proceso de incapacitación (art. 760 LEC).

Juicio de menor cuantía y procedimiento de jurisdicción voluntaria que, en la Circular 2/84, eran el soporte para el examen de las cuestiones procesales que allí se contemplaban.

A todo lo anterior hay que añadir que la Ley 1/2000 ha dado una nueva redacción a las reglas reguladoras de la competencia, reglas distintas a las que contemplaban la Circular y las Instrucciones. Además, existen nuevos Órganos Judiciales desconocidos en el momento en que se redactaron las mismas –*los Juzgados de Incapaces*–, ya que siguiendo el Informe de 1991 del Defensor del Pueblo en su Recomendación 2ª, cuando establecía “*la conveniencia de que se generalice la concentración en un sólo Juez de las cuestiones relativas a los internamientos psiquiátricos e incapacitaciones de enfermos mentales en las grandes capitales y en las localidades en que existan varios jueces*”, se han creado en algunas capitales por el Consejo General del Poder Judicial, como en Madrid por Acuerdo de 22 de diciembre de 1988 y en Valencia por Acuerdo del año 1996, entre otras, Juzgados especializados con conocimiento exclusivo y excluyente de los procedimientos de incapacitación y expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a materias comprendidas en los Títulos VIII, IX y X del Libro I del CC.

Es decir, ni sustantiva ni procesalmente, ha quedado nada en vigor de las normas vigentes que se tuvieron en cuenta cuando se dictaron la Circular 2/1984 y las Instrucciones 6/1987 y 3/1990.

Asimismo, como reformas legislativas de calado, se deben resaltar todas aquellas que de una u otra forma afectan a la esfera jurídico patrimonial de las Personas Discapaces, como la operada en virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que no sólo articula la figura del Patrimonio Protegido, sino que modifica, entre otros, el CC, al dar nueva redacción al art. 1.732, y en especial a las causas de extinción del mandato, y su incidencia sobre la incapacidad sobrevinida.

Tales reformas legislativas han sido consecuencia y exigencia de la nueva realidad social, producto de los cambios sociales y demográficos, ocurridos en nuestro país.

Por lo que a la realidad social respecta, es significativa la enumeración que de forma porcentual y abrumadoramente expresiva, realiza la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuando dice:

“En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 por ciento de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 por ciento). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años.

Ambas cuestiones conforman una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. Asimismo, diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad, como muestra el hecho de que más del 32% de las personas mayores de 65 años tengan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población.

A esta realidad, derivada del envejecimiento, debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

Un 9% de la población española, según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999, presenta alguna discapacidad o limitación que le ha causado, o puede llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades. Para este colectivo se legisló recientemente con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

Dicha realidad comporta un significativo cambio, no sólo numérico, sino de configuración del núcleo familiar, con lo que al ámbito del internamiento residencial afecta, y

sin olvidar los nuevos conceptos legales de “*dependencia*” y “*autonomía*” que en ella se contemplan.

Tales cambios legislativos, sociales y demográficos, desde la perspectiva de un Ministerio Fiscal atento a la realidad social, deben provocar como consecuencia, que el desarrollo de toda la actividad que constitucionalmente tiene encomendada nuestra Institución, por lo que a la protección de los Derechos de las Personas Discapaces se refiere, se adecue al actual modelo de nuestra sociedad potenciando el avance del modelo de Estado Social que consagra la Constitución Española.

Es decir, las reformas legislativas acaecidas y los cambios sociales producidos para avanzar en la Sociedad de Bienestar y la construcción de una sociedad más justa y digna, reclaman la redacción de una nueva Circular por parte de la Fiscalía General del Estado, que contenga las directrices para la protección de los Derechos de las Personas Discapaces en el ámbito del procedimiento del internamiento no voluntario y desde la perspectiva de un Ministerio Fiscal instalado en el siglo XXI.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende la ineludible necesidad de abordar de una forma global, real y efectiva la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos relativos a la protección de los Derechos de las Personas Discapaces.

Lo que comportará el contemplar no sólo los aspecto jurídico-procesales de la Intervención del Ministerio Fiscal, sino también los relativos a la organización de las Fiscalías, a la constitución de Secciones Civiles con un ámbito competencial propio y asignación de Fiscales con dedicación exclusiva, y la reorganización de la intervención y funcionamiento de los Fiscales dentro del ámbito que nos ocupa; siempre teniendo en cuenta que las posibilidades organizativas varían en función de las dimensiones de cada Fiscalía.

II. La protección de la esfera personal del discapaz psíquico y la autorización o aprobación judicial del internamiento

I. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO

La Ley 1/2000, de 7 enero ha introducido dentro de la LEC el art. 763 con su redacción actual, regulando el internamiento no voluntario, en cuya virtud:

“1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en

condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Precepto, cuyos antecedentes legislativos, contenido y aplicación práctica, vamos estudiar en los siguientes apartados.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Algunos autores pretenden situar los orígenes de la regulación de los internamientos psiquiátricos en una Instrucción General para Subdelegados de Fomento de 30 noviembre de 1833, en la que se hacía referencia a los hospitales psiquiátricos como “...*jaulas inmundas y tratamientos crueles que aumentan, por lo común, la perturbación mental de hombres que, con un poco de esmero, podrían ser vueltos al goce de su razón y al seno de su familia*”.

Sin embargo, en puridad, sólo podemos situar la primera norma que reguló, con carácter general, el internamiento en centros psiquiátricos, en el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, aclarado por una Real Orden de 20 de junio del mismo año, sobre reglamentación de la hospitalidad de los dementes; norma en la que ya se plasmaba la preocupación por los internamientos abusivos al señalar en su Exposición de Motivos que “*En la imposibilidad de que el Estado se haga cargo de todos los hospitales de dementes, el Gobierno anterior, así como el actual, creyó que se estaba en el caso de publicar una disposición de carácter general para garantizar esa dicha seguridad individual, dando en tan grave y delicado asunto la debida intervención a los Tribunales de Justicia, y sujetando a los establecimientos provinciales, municipales y particulares a las mismas reglas de precaución que se observan en el manicomio que corre a cargo del Estado*”.

Posteriormente, dicha norma fue sustituida por el Decreto de 7 de julio de 1931, a su vez modificado por el Decreto de 27 de mayo de 1932 y desarrollado por la Orden de 30

de diciembre de 1932, que establecía sólo un control gubernativo de los internamientos involuntarios de los enfermos mentales, salvo los denominados internamientos por orden judicial (arts. 19 y 20), referidos a procesados, inculpados absueltos, o a quienes cayeren en enajenación después de pronunciada sentencia firme.

De este modo, como ya recordaba la Circular 2/1984, a pesar de la amplia ordenación de los diferentes tipos de internamiento, no se garantizaba suficientemente la libertad personal ni se protegían los intereses del internado, pues únicamente estaba prevista la intervención judicial en los supuestos de denuncia por internamientos indebidos (arts. 13 y 14).

La siguiente norma que viene a configurar el panorama jurídico de los internamientos no voluntarios es la Constitución de 1978, que reconoce los derechos fundamentales que se protegen a través del control Judicial de los internamientos no voluntarios:

- La dignidad y libertad de la persona como fundamento del orden político y social (arts. 1, 9.2, 10 CE).
- El derecho a la integridad física y moral. (art. 15 CE).
- El derecho a la libertad como valor constitucional y como derecho fundamental. (arts. 1.1 y 17 CE).
- El derecho a la salud (art. 43 CE).

De este modo, consecuencia de la promulgación de la Constitución, fue, cuanto menos, la irregularidad de todos los internamientos psiquiátricos no voluntarios, al conculcarse algunos de los derechos fundamentales que en ella se consagran.

Ante la necesidad de dar soporte constitucional a todas estas privaciones de libertad, se introdujo el art. 211 CC, a través de la reforma operada en Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma de la Tutela, cuyo artículo 2.2 derogó expresamente el Decreto de 1931, con sus posteriores reformas, sustituyéndolo por los artículos 211 y 271.1.

El art. 211 CC, contemplaba el control Judicial de los internamientos no voluntarios, al decir *“El internamiento de un **presunto incapaz** requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.*

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”.

Ahora bien, el art. 211 CC aún sufrió otra reforma, antes de desaparecer del CC para pasar a la LEC, reforma operada a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposición Final duodécima, por la que se modificó el primer párrafo, dándole la siguiente redacción:

*“El internamiento **por razón de trastorno psíquico** de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.*

Y finalmente, al ser una norma procesal incrustada en una norma sustantiva, fue la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, quien lo recondujo a su ubicación natural dando lugar al actual art. 763 LEC.

De este modo ha quedado zanjada toda la polémica en torno a la incorrecta ubicación del anterior art. 211 CC, ya que al tratarse de una norma de marcado carácter procesal no se entendía su colocación dentro de un texto eminentemente sustantivo, como es el Código Civil.

3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y SU SOPORTE LEGAL

La cuestión relativa a la concreción de los bienes jurídicos cuya protección se persigue y cuya conculcación se trata de evitar a través del art. 763 LEC, es de suma importancia, ya que es la base jurídica para la determinación del ámbito subjetivo del internamiento, como más adelante veremos.

La Circular 2/84 de la Fiscalía General del Estado, al estudiar el antiguo art. 211 CC, actual art. 763 LEC, ya concluyó que “...este precepto se encuadra dentro del espíritu de las normas fundamentales, conforme a las cuales, cuando el ejercicio del derecho a la salud protegido en el art. 43 CE exija la utilización de servicios de asistencia psiquiátrica, ésta deberá llevarse a cabo sin vulnerar el derecho a la libertad que recoge el art. 17 CE, con mayor razón si se tiene en cuenta además que el internamiento supone un sacrificio a la libertad más grave que la estricta detención, pues a la privación de libertad de movimientos se agrega la disminución de la libertad moral”.

Conforme al art. 763 LEC, cualquier violación del referido precepto no sólo lo quebranta, sino que transgrede el art. 17 CE, cuando impide que nadie pueda ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstas por la Ley; lo que —*sensu contrario*— comportará que todos aquellos internamientos que no reúnan los requisitos del art. 763 LEC serán, cuanto menos, *no regulares* y, en su virtud susceptibles del procedimiento de «Habeas corpus». Así, la Ley Orgánica 6/84, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas corpus», en su art. 1.b) considera ilegalmente detenidas las personas que estén ilícitamente internadas contra su voluntad en cualquier establecimiento.

De lo hasta ahora visto, ya se puede llegar a la primera conclusión de que el principal derecho que se intenta proteger es el de la Libertad, en los términos que lo contempla el art. 17 CE.

Ahora bien, no es sólo la libertad personal lo que se está protegiendo a través de la autorización o aprobación de los internamientos no voluntarios, está protegiéndose a la vez lo que la Circular 2/84 de la Fiscalía General del Estado denominaba la “*libertad moral*”, es decir, las consecuencias del sometimiento al tratamiento terapéutico o asistencial y las circunstancias de su administración.

Así, el TEDH ha declarado que la regularidad del internamiento no debe referirse sólo a la privación de libertad, sino que abarca también la modalidad de ejecución, en la que quedan comprendidos aspectos tales como el lugar, el marco y el régimen de aquél. Por tanto, la regularidad debe producirse, tanto en la adopción de la medida de privación de libertad como en la aplicación de la misma.

Porque el internado se halla en una situación de franca debilidad en la que cualquier derecho fundamental, no sólo los de libertad y residencia, le puede ser violado: la igualdad (art. 14 C.E.), la intimidad personal (art. 18 C.E.), la propia imagen (art. 18), la integridad moral al ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 C.E.), la pri-

vacidad de las comunicaciones, e incluso se le puede impedir u obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 C.E. y 6 del Convenio).

Lo que llevó al TEDH, a decir en la sentencia de 24 de septiembre de 1992, caso Herczegfalvy, que “...*la situación de inferioridad e impotencia en que se hallan los pacientes internados en centros psiquiátricos requiere una intensa vigilancia a la hora de controlar el respeto al convenio*”.

Esta situación de inferioridad, de material indefensión en que se puede hallar el internado precisa una clara y expresa reacción de los poderes públicos en orden a la protección material del internado, como por lo demás impondría el art. 9-2 C.E. en cuya virtud corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, etc. El art. 43 reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud. Y el art. 49 refiere a los poderes públicos la realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración no sólo de los disminuidos físicos y sensoriales, sino también de los disminuidos psíquicos. A éstos, dice el citado art. 49 se les prestará la atención especializada que requieran y se les amparará especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

En la actualidad, el punto de partida en la regulación de los internamientos no voluntarios y la necesidad de su regularización judicial a tenor de lo previsto en el art. 763 LEC, está en el mandato contenido en el art. 17 de la Constitución de 1978, que garantiza el derecho a la libertad de toda persona y en este mismo sentido se pronuncia el art. 5. 1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, al decir que “*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido en la ley: ...e) Si se trata de internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo*”.

Se pretende, pues, un riguroso control judicial para todos los internamientos no voluntarios, porque es esta la única forma de garantizar el Derecho a la Libertad de aquellos que, por razón de trastorno psíquico, no están en condiciones de decidir por sí.

Es decir, el procedimiento para el internamiento que contempla el art. 763 LEC está protegiendo el derecho a la Libertad de todos aquellos que lo precisan por tener alte-

radas sus facultades psíquicas, no sólo como una medida exclusivamente terapéutica, sino que también, como ocurre en múltiples ocasiones, debe tenerse presente, además, el interés asistencial para el propio enfermo.

Por lo que ya se puede adelantar que dentro del art. 763 LEC se contemplan los denominados *“internamientos asistenciales de personas de avanzada edad afectas de discapacidad psíquica”*.

Siendo éste el sentir de un importante sector jurisprudencial, es de resaltar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño de 17 de marzo de 1998, al señalar que *“para que resulte procedente el internamiento, habrá de considerarse tanto la necesidad o conveniencia para el propio individuo desde el punto de vista terapéutico, como la peligrosidad del mismo para sí o para otros e, incluso, hasta su posible incompatibilidad con la vida en sociedad; esto es, el internamiento del presunto incapaz es una medida terapéutica y asistencial, actuando el juez como garante de los derechos y libertades de las personas, además de desarrollar una función cautelar”*.

Así, cabe concluir, que de los bienes jurídicos protegidos se desprende, que *para privar al discapaz psíquico de su libertad, según la doctrina consolidada del TEDH (Winterwerp, Sentencia de 24 de octubre de 1979 y Ashingdane, Sentencia de 8 de mayo de 1985), debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad.*

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO

La determinación de la naturaleza jurídica del internamiento no voluntario contemplado en el art. 763 LEC es de especial interés para lo que más adelante digamos al estudiar la competencia territorial, pues de la conclusión a la que aquí lleguemos, dependerá la aplicación de las reglas generales o especiales, en lo que a la competencia respecta.

Ya no es posible concluir, como hacía la Memoria de la Fiscalía de 1985, diciendo que *“El internamiento de incapaces pertenece en el fondo a la jurisdicción contenciosa y, en la forma, a la voluntaria”*. Este sentir que era seguido por una amplia jurisprudencia que lo calificaba de acto de jurisdicción voluntaria “especial”, tal como se recoge en

ATSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 1994: “*entendiendo como singularidad diferenciadora de los mismos que la oposición de un interesado en el asunto no pone fin al expediente, pues no se origina el efecto del art. 1817 LEC, bien por disposición de la Ley, bien por la naturaleza del acto*”.

Es cuestión indubitada, y ahora también en lo que a su ubicación respecta, el carácter procesal del art. 763 LEC regulador de los internamientos involuntarios.

Ahora bien, lo que no es pacífico es la naturaleza jurídica del procedimiento que regula el art. 763 LEC así, ya no es un procedimiento de jurisdicción voluntaria al pasar su regulación al Libro IV, Título I, Capítulo II. LEC, y tampoco una medida cautelar —*stricto sensu*—, pues si bien aparentemente puede participar de alguna de sus notas características: instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, variabilidad y sustituibles por caución, en ningún caso éstas operan ni como instrumento de un proceso principal; ni pueden alzarse cuando del proceso principal del que dependen así se derive; ni dependen temporalmente de proceso principal alguno; ni son modificables dependiendo de las circunstancias contempladas en el proceso principal que las motiva; y mucho menos son sustituibles por caución.

Caracteres estos, que si bien algunos de ellos pueden concurrir en el procedimiento de internamiento, no lo hacen como instrumento de un proceso principal, sino que dependen de la subsistencia o no del trastorno psíquico que motivó el internamiento.

Así, la medida del internamiento se puede adoptar antes, durante y después de un procedimiento de incapacidad, es decir, con o sin procedimiento de incapacidad. De donde se desprende que se puede decir, sin duda alguna, que nunca el procedimiento de incapacidad actúa como causa del internamiento, y tampoco el internamiento como soporte de la incapacidad, aunque ambos precisen de la existencia del trastorno psíquico como presupuesto para su tramitación.

Ahora bien, teniendo en cuenta su ubicación, inmediatamente después del art. 762 LEC que regula las medidas cautelares específicas en sede de la incapacidad, regulación *sui generis*, ya que les da la denominación de —cautelares— y por el contrario tanto su adopción, modificación o extinción no las hace depender del proceso principal de incapacidad, podríamos entender, como así lo entiende un amplio sector doctrinal, que el art. 763 LEC constituye una norma procesal, como ya hemos indicado, que prevista para un supuesto concreto, no puede reconducirse a una categoría única pues encierra, en sí misma, un conjunto de actividades heterogéneas —presupuestos, competencia,

actividad probatoria, resolución y control de continuación— conducentes a un único fin, cual es, que el internamiento se realice “regularmente”, es decir, sin menoscabo de las garantías contempladas en el precepto, y con respeto a los Derechos Fundamentales que allí se protegen.

En este sentido, el Gabinete Técnico del CGPJ, al hablar de la naturaleza jurídica del internamiento, dice: *“Es una medida no afectante en exclusiva ni esencialmente al ámbito de las relaciones jurídicas civiles e incluso de naturaleza más administrativa que jurisdiccional...”*.

5. RANGO LEGISLATIVO DEL ART. 763 LEC

En este apartado nos queda por examinar la cuestión relativa al rango legislativo del art. 763 LEC, es decir, si las garantías procedimentales que en él se establecen constituyen, a los efectos de la reserva de Ley orgánica del art. 81 C.E., desarrollo del derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE.

Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en pleno en STC 5-7-99, entendiendo que las reglas procedimentales que se establecen en el anterior 211 CC, actual 763 LEC, no están dentro del ámbito reservado a la ley orgánica, al decir:

“...desde la STC 5/1981 este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término “desarrollar”, como a “la materia” objeto de reserva. Se trata, de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas. Más concretamente, se ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que “desarrolle” la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar.

Aplicando esta doctrina al caso aquí enjuiciado no cabe duda de que las reglas procedimentales contenidas en el párrafo segundo del art. 211 CC. no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo y, en consecuencia, dicha regulación no puede considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley Orgánica”.

Aunque no está de más señalar que, en el recurso de referencia lo que se impugnó fue el párrafo segundo del anterior art. 211 CC que regulaba el procedimiento de internamiento, y no se impugnó el párrafo primero que era la norma que permitía el internamiento de personas por razón de su trastorno psíquico, y que es uno de los casos de privación de libertad referidos en el art. 17.1 CE.

6. INTERNAMIENTO E INCAPACITACIÓN

Tanto en la derogada regulación del Código civil (art. 211) como en la actual y vigente regulación del art. 763 LEC, el internamiento se regula en sede de incapacitación o de proceso sobre capacidad de las personas. Pero incapacitación e internamiento son situaciones distintas, independientes, autónomas, que no se exigen mutuamente. Obviamente, hay incapacitados que no se hallan internados y hay internados que no están incapacitados. En otras palabras, para internar no hay que incapacitar previamente, ni el internamiento es un paso previo para la incapacitación.

Esto no significa que sean instituciones que se excluyen.

El internamiento puede ser, y de hecho es, una medida cautelar adoptada en un procedimiento de incapacitación. Así, el art. 760 LEC, en sede de incapacitación, señala expresamente que la sentencia que declare la incapacitación se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del incapacitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763.

Y además, el procedimiento de internamiento puede ser, y de hecho casi siempre lo es, la fuente de suministro de la *notitia* y de los datos que provocan la posterior demanda de incapacitación.

Lo que significa que, en la práctica, son las diligencias realizadas antes, durante y después de la autorización de internamiento las que sirven de base para la presentación de la demanda de incapacidad.

III. Aspectos procesales del internamiento

1. CLASES DE INTERNAMIENTO

Al margen de cualesquiera otras clasificaciones doctrinales, y desde el punto de vista de la exclusiva aplicación efectiva del art. 763 LEC, sigue siendo válida la clasificación

contenida en la Circular 2/84, que distinguía entre: A) Internamientos no voluntarios: a) Internamientos sujetos a autorización judicial, b) Internamientos sujetos a aprobación judicial; y B) Internamientos voluntarios.

A) Internamientos no voluntarios

Son los contemplados en el art. 763 LEC, y a los únicos a los que aquí nos referimos, al ser éstos los que exclusivamente requieren de la intervención Judicial y del Ministerio Fiscal.

De este modo, estaremos ante un internamiento involuntario, cuando la declaración de voluntad constitutiva del acto del internamiento carezca de eficacia debido a la existencia de vicio que la invalide... *“por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”*.

Lo que significa que, con la redacción del actual art. 763 LEC, y también desde la segunda redacción del art. 211 CC dada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el internamiento involuntario, por lo que a su autorización o aprobación judicial se refiere, vive con independencia de la incapacidad de la persona que sufre el trastorno psíquico que lo motiva.

a) Internamientos sujetos a la previa autorización judicial

Estamos ante los denominados internamientos *“ordinarios”*, y caracterizados principalmente porque la autorización judicial es **previa** al internamiento. De este modo, la efectividad del internamiento, cuando no concurren razones de urgencia, se subordina a la existencia de autorización judicial.

Vienen contemplados en número 1, párrafo primero e inicio del segundo, del art. 763 LEC: *“1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

La autorización será previa a dicho internamiento...”

b) Internamientos sujetos a la posterior aprobación judicial

Es esta otra modalidad de los internamientos no voluntarios, se trata de los llamados internamientos *“urgentes”*. Son *“razones de urgencia”* las que justifican el internamien-

to directo o sin necesidad de autorización judicial previa, se trata de un internamiento excepcional en sus trámites que conlleva la inmediata adopción de la medida. Su regulación legal viene contemplada en el párrafo segundo del art. 763 LEC:

“La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal”.

B) Internamientos voluntarios

Serán aquellos en los que la voluntad constitutiva del acto del internamiento es válida y eficaz por no adolecer de vicio derivado del trastorno psíquico que la deslegitime.

Lo que *–sensu contrario–* comporta, que en todos aquellos internamientos en los que, si bien originariamente la declaración de voluntad ha sido válida y eficaz, si con el transcurso del tiempo y por el consiguiente deterioro cognoscitivo, la persona internada sufre un trastorno psíquico que le impide decidir por sí misma, habrá que proceder a regularizar su situación a través de la correspondiente autorización judicial.

Es en la voluntariedad donde descansa la inaplicabilidad del art. 763 LEC, y por lo tanto, en todo caso, deberá no sólo estar exenta de vicios que la invaliden en el momento del internamiento, sino que durante él esa misma voluntariedad deberá permanecer o persistir.

2. ESTUDIO DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA

A) Competencia objetiva y funcional

La competencia objetiva y funcional corresponde siempre al Juez de Primera Instancia, debiéndose tener en cuenta que, siguiendo el Informe de 1991 del Defensor del Pueblo en su Recomendación 2^a, “...la conveniencia de que se generalice la concentración en un sólo Juez de las cuestiones relativas a los internamientos psiquiátricos e incapacitaciones de enfermos mentales en las grandes capitales y en las localidades en que existan varios jueces”, se han creado en algunas capitales por el Consejo General del

Poder Judicial, Juzgados especializados con conocimiento exclusivo y excluyente de los procesos sobre la capacidad de las personas contemplados en los arts 756 a 763 LEC, y expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a materias comprendidas en los Títulos VIII, IX y X del Libro I del CC.

B) Competencia territorial

La cuestión relativa a la determinación de la competencia territorial en materia de internamientos dista mucho de ser tratada de forma unitaria tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por lo que es necesario examinar cada una de las posibles situaciones que se contemplan en el art. 763 LEC.

Tradicionalmente se ha partido de la consideración de que la competencia territorial no estaba afectada por el interés público, y de ahí la existencia de una norma general que la consideraba prorrogable, es decir, disponible, de modo que, primero, se estaba a la voluntad concorde de las partes (fuero convencional) y, sólo ante la falta de ésta, a la aplicación de las reglas legales (fueros legales).

La situación está cambiando en los últimos tiempos, en los que van dictándose cada vez con más frecuencia normas en las que se imponen los fueros legales, unas veces suprimiendo la autonomía de la voluntad de las partes (se excluyen las sumisiones expresa y tácita), y otras limitándola (se prohíbe la sumisión expresa, pero se permite la tácita).

En este sentido, el art. 763 LEC, a diferencia del anterior art. 211 CC que no contenía ninguna regla específica de competencia, establece toda una serie de reglas legales de competencia territorial, pero que no obstante su voluntarismo, no resuelven en la práctica algunas de las situaciones que de su aplicación se derivan.

Para poder llegar a determinar la competencia territorial aplicable a las distintas clases de internamiento previstas en el art. 763 LEC, es necesario partir de la finalidad del precepto, para de este modo, llegar a la conclusión de que la competencia territorial que se atribuya, sea la más acorde con lo que se pretende. Es decir, se pretende un riguroso control judicial para todos los internamientos no voluntarios, con base en que es ésta la única forma de garantizar el derecho a la libertad de aquellos que, por razón de trastorno psíquico, no están en condiciones de decidir por sí.

De este modo, para no menoscabar la dignidad humana y garantizar el derecho a la libertad, y el derecho a la integridad física y moral de las Personas Discapaces Psíquicas,

el art. 763 LEC establece un control judicial que pretende que sea riguroso, como no podía ser de otra manera, y así exige:

- a) El examen personal.
- b) Los informes facultativos.
- c) Las audiencias de las personas que se estime convenientes.
- d) Y los informes periódicos sobre la necesidad de mantener la medida.

Actuaciones que por su trascendencia son indelegables y no susceptibles de ser practicadas a través del auxilio judicial.

Es por ello que se ha dicho que prima el domicilio real sobre el administrativo.

Y este parece ser el sentir del art. 763 LEC, cuando en su dicción evita la expresión —*domicilio*—, (que por el contrario emplea en el art. 50 al regular la competencia territorial y el fuero general de las personas físicas), sustituyéndola por la de: “...**lugar donde reside la persona afectada por el internamiento**”.

De lo hasta aquí dicho, ya se pueden extraer las siguientes conclusiones, en cuanto a la atribución de la competencia territorial:

1ª) Internamiento ordinario no urgente.

La competencia le corresponde al Juez del domicilio donde reside la persona que se pretende internar (art. 763.1 LEC).

2ª) Internamiento urgente.

La competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique el centro de internamiento (art. 763.1, párr. 2º LEC).

3ª) Internamiento originariamente voluntario que se transforma en involuntario.

Se trata de aquellos supuestos frecuentes en los que, tras el ingreso voluntario de una persona en una Residencia o Centro, con el transcurso del tiempo y debido a un progresivo deterioro de las facultades cognitivas, ya no está en condiciones, debido a su trastorno psíquico, de poder decidir por sí misma, lo que provoca la necesidad de regularizar su situación atemperándola a lo dispuesto en el art. 763 LEC, en estos casos, la competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique la Residencia, Centro o Piso Tutelado.

4ª) Internamiento “pseudo–urgente”.

Con esta denominación se está haciendo referencia a aquellos supuestos, que si bien irregulares no poco frecuentes, en los que la autorización de internamiento se solicita con posterioridad al ingreso ya efectuado de una persona de avanzada edad, dándoles a estos internamientos por parte de las Residencias o Centros el mismo tratamiento que si de internamientos urgentes se tratara, es decir, aceptan el ingreso en su institución sin que la persona a internar esté en posesión del auto de autorización de internamiento, y en las 24 horas siguientes se comunica el ingreso al Tribunal, pretendiendo salvar de ese modo la irregularidad.

Si bien esta manera de proceder debe ser objeto de especial atención por parte de los Fiscales encargados de la materia, no es posible obviar la necesidad de darles un tratamiento, por lo que a la competencia se refiere; ya que no es solución el sacar a la persona de avanzada edad de la Residencia o Centro en la que se encuentre a la espera de que obtenga la autorización de internamiento, ni denegar la tramitación del procedimiento por no ser en puridad urgente; ya que con tal manera de proceder se conculcarían más derechos que los que se pretenden proteger. Sin olvidar la posibilidad de que un internamiento no voluntario de persona de avanzada edad también puede participar, en ocasiones, de la condición de “urgente”.

De este modo, en estos casos, al igual que los internamientos urgentes, la competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique la Residencia, Centro o Piso Tutelado.

5ª) Control y revisión judicial del internamiento.

La competencia para el control periódico y revisión de los internamientos la estudiaremos en el apartado específico que los desarrolla, relativo al control periódico de los internamientos no voluntarios.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS INTERNAMIENTOS ORDINARIOS

El art. 763 LEC, al igual que las anteriores redacciones del CC, de forma inexplicable, vuelve a omitir toda referencia a la determinación de las personas que están legitimadas para instar el internamiento, lo que comporta que al igual que ya hacía la Circular 2/84, nos veamos obligados a determinar la legitimación a través de la incardinación del precepto dentro de los procesos sobre la capacidad de las personas y analógicamente entender que a los internamientos ordinarios les son de aplicación las reglas de legitimación establecidas en el art. 757.1 LEC para los procesos de incapacidad.

Si bien algún sector doctrinal ha querido ver en el art. 762 LEC una legitimación tan amplia que, cualquier persona pueda poner en conocimiento del juez la necesidad del internamiento y éste poder acordarlo de oficio, no parece ser este el sentir general ni el más acorde con la regulación que del internamiento realiza la LEC, ya que el internamiento ordinario es cuestión distinta de las medidas cautelares, en los términos que las contempla el art. 762 LEC.

Es conocido que cuando se trata de la aplicación de las normas civiles de *ius cogens*, el ordenamiento jurídico se enfrenta con dos posibles opciones:

- a) Una, la de entender que el juez cuando, por cualquier medio, tenga conocimiento o *notitia* de la posible existencia de unos hechos que pudieran incardinarse en el supuesto fáctico de la aplicación de la norma, está facultado para proceder de oficio y debe desarrollar la actividad necesaria para su aplicación.

Tesis inadmisibles ya que toda esta actividad jurisdiccional no podría calificarse de procesal al omitirse los principios básicos y esenciales del proceso.

- b) La otra opción, que es la asumida por la mayoría de las legislaciones, consiste en regular un proceso distinto, sujeto a principios diferentes del proceso dispositivo. Ese proceso tiene que responder, naturalmente, a los principios básicos de dualidad de partes, de contradicción y de igualdad entre las partes, pues sin ellos no hay verdaderamente proceso, aunque los demás principios sobre los que se asiente puedan ser distintos.

En este sentido, el art. 763 LEC contempla un auténtico procedimiento que podemos calificar de sumario y especial, con unas reglas de legitimación indisponibles e incardinado en el Libro IV de la LEC.

De este modo, como ya hemos adelantado, a los internamientos ordinarios les son de aplicación las reglas de legitimación establecidas en el art. 757.1 LEC para los procesos de incapacidad.

Así, según el art. 763 LEC, están legitimados activamente para instar el internamiento ordinario:

a) Legitimación activa voluntaria

La tienen el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz (art. 757.1 LEC); y en el caso de los menores de edad, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC).

b) Legitimación activa *ex lege* obligatoria

El Ministerio Fiscal (art. 757.2 ,749 y 758 LEC).

c) La facultad/obligación de denunciar prevista en el art. 757.3 LEC

La facultad de denunciar prevista en el art. 757.3 LEC, si bien no constituye una auténtica *legitimatio*, en muchos casos, es el acto que pone en marcha el mecanismo procesal del internamiento. El mencionado precepto establece que *“Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. 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”*.

4. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LOS INTERNAMIENTOS URGENTES

Tratándose de un ingreso en un centro asistencial sin intervención previa judicial, no es posible hablar de legitimación en un sentido técnico procesal.

No obstante, para poder determinar la legitimación activa en los internamientos no voluntarios y urgentes, es paso previo el examinar su razón de ser y las “razones de urgencia”, para de este modo poder delimitar qué personas están legitimadas para solicitarlo.

Es evidente que, estos internamientos se producen cuando por razones de urgencia y como medida terapéutica, es necesario e ineludible adoptar la inmediata medida de internamiento.

Parece lógico, que ante estos casos de inminente peligro el reducir la legitimación a las personas que están enumeradas en el art. 757 LEC y de manera exclusiva, podría provocar consecuencias indeseables y perjudiciales para la persona a internar, y esta disfunción haría en muchos casos inoperante el precepto.

Con base en lo anterior, entendemos que cualquier persona concedora de hechos que puedan ser soporte necesario para que se proceda al internamiento urgente, sean o no

familiares y estén o no entre las enumeradas en el art. 757 LEC, estará capacitada para promoverlo y será el facultativo quien, una vez reconocido el enfermo, si así lo estima, ordenará el internamiento.

5. LEGITIMACIÓN PASIVA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL INTERNAMIENTO ASISTENCIAL

Son sujetos pasivos del internamiento no voluntario aquellas personas que reúnan los requisitos del art. 763 LEC:

- a) Que esté afectada por un trastorno psíquico.
- b) Que para el ejercicio del derecho constitucional a su salud (art. 43 CE) sea necesario su internamiento en un centro adecuado.
- c) Que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma.

Con base en los requisitos arriba enumerados, es conocida la antigua polémica que se generó, y que todavía se trasluce en algunas resoluciones judiciales, con la publicación del anterior art. 211 CC, hoy art. 763 LEC, acerca de la cuestión relativa a si es o no necesaria autorización judicial para el ingreso no voluntario de personas de avanzada edad que por razón de un proceso degenerativo no pueden prestar su consentimiento y son ingresadas por sus familiares en algún Centro Asistencial, o Residencia, por no poder atenderlos personalmente.

Dos son las principales posturas mantenidas al efecto y totalmente contrapuestas:

A) La tesis negativa, integrada por aquellos que entienden que los internamientos de personas de edad avanzada y con una enfermedad degenerativa, no estarían dentro del ámbito del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que solo sería de aplicación a supuestos muy concretos.

De este modo, llegan a la conclusión de que los internamientos no voluntarios de personas de edad avanzada no precisan de autorización judicial, argumentando que el art. 763 LEC no contiene una definición precisa de lo que se entiende por internamiento, de donde, a su entender, se desprende del precepto que su justificación ha de venir dada por dos razones:

- a) La existencia de una enfermedad psíquica.
- b) El internamiento en un Centro destinado a su tratamiento —psiquiátrico—.

Conclusión que a su vez justifican teniendo en cuenta la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 que reformó parcialmente el art. 211 del CC, así como tomando también en consideración el art. 17 de la CE, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y la interpretación que del mismo ha realizado en numerosas resoluciones el TEDH.

En este sentido, consideran el internamiento involuntario como una medida excepcional, necesaria, limitada en el tiempo y transitoria, y que no se da en aquellos supuestos en los que lo que se solicita es el internamiento de una persona de edad avanzada y con una enfermedad degenerativa, en el que lo que se pretende es una ayuda asistencial, indefinida en su duración, de dudosa necesidad, en tanto que el paciente podría percibir igual asistencia, atención y cuidados en su propio domicilio, obedeciendo más que a razones médicas, a la voluntad o conveniencia de la familia, que decide ingresarlo en una residencia o centro adecuado.

Entre las Audiencias que siguen este criterio caben resaltar:

- AP La Rioja, A 30-12-2002, nº138/2002, rec.395/2002.
- AP Vizcaya, sec. 3ª, A 20-1-2003, nº3/2003, rec.663/2002.
- AP La Rioja, sec. 1ª, A 18-2-2002, nº16/2002, rec.568/2001.

B) La tesis positiva, tesis seguida por la Fiscalía General del Estado, y plasmada en la Instrucción nº 3/90, relativa al: *“Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad”*, y que viene integrada por aquellos que entienden que tales internamientos no voluntarios requieren autorización judicial.

Así, los anteriores argumentos esgrimidos por los detractores de la necesidad de la autorización de estos internamientos, pueden ser empleados precisamente para justificar la tesis contraria, es decir, la necesidad de autorización judicial para el internamiento que nos ocupa.

No cabe duda que la exigencia de esa autorización viene dada por el hecho de que el internamiento no voluntario constituye una clara limitación al principio de libertad personal reconocido en el art. 17 de la CE.

Partiendo de tal premisa, vamos a examinar cada una de las exigencias y argumentos que sirven de soporte a la tesis negativa:

a) *La existencia de una enfermedad psíquica.*

Si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, cómo es posible entender que enfermedades degenerativas como lo puedan ser la demencia senil o la enfermedad de alzheimer, que no sólo limitan sino que incluso anulan la inteligencia y la voluntad, al fin la **“psique”**, no se consideren trastornos psíquicos por el simple hecho de que quienes las sufren tengan *“una avanzada edad”*.

¿Acaso la enfermedad psíquica deja de serlo a partir de determinada edad?

La enfermedad psíquica sólo desaparece con la curación o con el fallecimiento de quienes la sufren. La incongruencia de tal argumento es evidente, y mucho más en la actualidad, cuando numéricamente tales enfermedades degenerativas superan con creces a las estrictamente denominadas por aquellos de manera —tan restrictiva—, *enfermedades psíquicas*.

En este sentido, la OMS define la demencia diciendo que incide en la identidad psíquica más profunda del individuo, describiéndola como: *“síndrome debido a una enfermedad del cerebro, generalmente de carácter crónica o progresiva, en la que hay déficits de múltiples funciones corticales superiores, entre ellas la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad de aprendizaje, el lenguaje y el juicio”*.

Fácilmente se ve que el argumento del trastorno psíquico no se sostiene. De esta forma se llegaría al absurdo de que si la causa que justifica la limitación de la libertad es la dolencia mental, la única diferencia para excluir la aplicación del art. 763 LEC a los ingresos no voluntarios de personas de avanzada edad, sería la edad. Argumento que por sí sólo no merece más comentario.

b) *El internamiento en un Centro destinado a su tratamiento, —psiquiátrico—.*

Tampoco se sostiene el que se excluya la aplicación del art. 763 LEC a los denominados “internamientos asistenciales”.

Dentro del art. 763 LEC también está comprendido el internamiento asistencial, toda vez que los trastornos psíquicos no han de provenir necesariamente de una enfermedad de carácter psiquiátrico, sino que pueden comprender una enfermedad degenerativa (la demencia senil o la enfermedad de Alzheimer), o incluso de un trastorno físico que produzca consecuencias psíquicas (un traumatismo por ejemplo, que prive al sujeto de sus facultades mentales). Máxime, cuando en el siglo que corre nadie estima que el internamiento de personas de edad avanzada lo es *meramente asistencial*, cuando tras

todo internamiento lo que se pretende es la rehabilitación psico-social, en la medida de lo posible, y no el mero estaticismo de la persona internada.

La atención que necesitan las personas de edad avanzada que se encuentren en estos supuestos no va a ser únicamente la asistencial, sino también la médica, sanitaria y curativa, esto es, una atención integral que incluya todo lo necesario para el cuidado de la persona en sus necesidades básicas vitales, así como su rehabilitación, y en la medida de lo posible, la ralentización de su proceso degenerativo.

En otro sentido y con mayor motivo, si es exigible la autorización judicial para el internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resultará exigible, si ese internamiento se hace con visos de llegar a tener el carácter de indefinido, y como es más frecuente en el caso de Residencias de personas de avanzada edad, hasta el fallecimiento de la persona internada.

De no proceder así, se estaría favoreciendo el que personas de avanzada edad y sin capacidad para decidir su internamiento, fueran ingresadas por las personas de su entorno o por cualesquiera otros, en Centros y Residencias sin control alguno sobre su persona y sobre sus bienes; y entonces no sólo se estaría vulnerando el contenido del art. 763 LEC, sino los derechos reconocidos en los arts. 17 CE y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Lo contrario significaría dejarlos en la más absoluta desprotección, pudiendo sus hijos u otros parientes decidir por ellos, ingresándolos de por vida, aún contra su voluntad, en convivencia con los encargados de la Residencia o Centro, y al margen de cualquier control o noticia acerca de su existencia. Situación en nada permisible en un Estado Social y de Derecho.

Finalmente, ninguna duda cabe, que lo verdaderamente significativo del internamiento, no es ni su carácter psiquiátrico o asistencial, ni la denominación del Centro, ni la denominación de la enfermedad; lo verdaderamente relevante es la privación de libertad.

De donde se concluye que, los internamientos no voluntarios en Centros o Residencias de personas de avanzada edad que no estén en condiciones de decidir por sí mismas, precisan de la autorización Judicial prevista en el art. 763 LEC, pretendiendo de este modo garantizar y armonizar el derecho a la libertad (art. 17 CE) con el derecho a la sa-

lud (art. 43 CE), en aquellos casos en que la protección de ésta requiere una limitación del derecho a la libertad, mediante el ingreso y tratamiento en un Centro adecuado.

Siendo relevantes en este sentido las siguientes resoluciones Judiciales:

- AP Granada, Sec. 4ª, A 12-11-2002, nº151/2002, rec.348/2002.
- AP Zaragoza, Sec. 4ª, A 20-1-2003, nº30/2003, rec.594/2002.
- AP Toledo, Sec. 1ª, A 16-1-2003, nº1/2003, rec.60/2002.
- AP Granada, Sec. 3ª, S 31-3-2004, nº242/2004, rec.797/2003.
- AP Huelva, Sec. 3ª, A 14-9-2004, nº80/2004, rec.199/2004.
- AP Huelva, Sec. 3ª, A 27-2-2006, nº14/2006, rec.55/2006.

6. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA

Si bien no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en esta clase de procedimientos, no obstante ello, la LEC en el art. 763.4, dispone que “...*en todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley*”.

La dicción literal del art. 758 LEC, —pensado para el procedimiento de incapacitación—, pudiera llevarnos a la creencia de que cuando el Ministerio Fiscal no sea el promotor del internamiento asumirá la defensa de la persona cuyo internamiento se pretende, obviando que en el procedimiento de internamiento el Ministerio Fiscal interviene y debe limitar su actuación a la de “dictaminador”.

Así, la doctrina pone de relieve la existencia de una posible incongruencia en el art. 758 LEC, cuando del internamiento se trata, incongruencia ya recogida y resuelta por la Circular de la FGE 1/2000, de 5 de abril, cuando establece “...*Tampoco sería solución atribuir la defensa al Ministerio Fiscal como prevé para el proceso de incapacitación el art. 758 LEC, no sólo porque puede haber sido a la vez promotor del expediente, sino fundamentalmente porque no es intención de la Ley atribuir al Ministerio Fiscal la condición de parte en este peculiar procedimiento, sino la de simple dictaminador, toda vez que la Ley dice que el Juez —oírà (...) al Ministerio Fiscal—, expresión que resultaría redundante si se tratase de una parte en un procedimiento contencioso...*”.

7. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para los internamientos ordinarios y los urgentes es el mismo y en nada difieren; viene contemplado en el art. 763.3 LEC, que establece como requisitos para su autorización los siguientes:

1. El tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.
2. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

IV. Control y revisión judicial del internamiento

1. CONTENIDO DEL CONTROL PERIÓDICO

Determina la regla 4ª del art. 763 LEC que *“En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Lo primero que hay que destacar es que la normativa española cumple perfectamen-

te con las exigencias del Convenio Europeo, al prever, obligatoriamente, un control judicial periódico, pues como señaló la Sentencia del TEDH de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra el Reino Unido) “... *un enajenado detenido en un establecimiento psiquiátrico por una duración ilimitada o prolongada tiene en principio el derecho, al menos en ausencia de control judicial periódico y automático, de interponer a intervalos razonables un recurso ante un Tribunal para impugnar la legalidad de su internamiento...*”.

Igualmente, en el caso Luberti manifestó el TEDH “... *debe haber siempre un control posterior, ejercido en intervalos razonables, pues los motivos que justificaban, en su origen, el internamiento pueden no existir ya en otro momento posterior*”.

Ahora bien, la cuestión radica en determinar las actuaciones que deberá realizar el tribunal para dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 763.4 LEC, y qué debe hacer una vez recibidos los informes que le envíe el facultativo encargado del cuidado y tratamiento de la persona internada.

Si la autorización o aprobación del internamiento no voluntario es la consecuencia de la ausencia de capacidad en la que se encuentra aquella persona que sufre una enfermedad psíquica que le impide decidirlo por sí misma, fácilmente se verá que la razón, función y finalidad del auto por el que se autoriza o aprueba el internamiento de una Persona Discapaz, no es otra que, de un lado suplir la capacidad en la medida en que carece de ella, y de otro, el subvenir a la protección de su persona y, por ende, de su patrimonio. Finalidades éstas que sólo se pueden realizar, primordialmente, a través del control periódico de los internamientos.

Como primera conclusión de lo hasta ahora dicho, no podemos olvidar y permanecer ajenos a que instar un internamiento para obtener una resolución judicial que lo autorice o apruebe y luego no controlar el desarrollo del internamiento, es dejar vacío de contenido no sólo lo dispuesto en el art. 763.4 LEC, sino también su razón de ser; a lo que habría que añadir, que tal forma de proceder distaría mucho de lo que nuestra CE, nuestro Estatuto Orgánico y la legislación sustantiva nos exige y espera de nosotros.

Es decir, desde cualesquiera de las perspectivas posibles, se exige la intervención activa y eficaz de la Autoridad Judicial y del Ministerio Fiscal en el control de los internamientos, y no cabe la posibilidad de que el desarrollo de toda la actividad que constitucional, estatutaria y legislativamente tiene encomendada nuestra Institución, por lo que a la protección de los Derechos de las Personas Discapaces se refiere,

se vea truncada o deficientemente desarrollada por factores organizativos, medios o cualesquiera otras razones que, erróneamente, nos separen de esta realidad, realidad social y legislativa que, desde la perspectiva de un Ministerio Fiscal en el siglo XXI, resulta una exigencia para avanzar en la sociedad de bienestar y la construcción de una sociedad más justa y digna; potenciando el avance del modelo de Estado Social que consagra la Constitución Española.

Siendo el auto de internamiento una excepción al derecho fundamental consagrado en el art. 17.1 CE, no cabe más que:

- a) Interpretar cualquier excepción de forma restrictiva.
- b) Averiguar si los trastornos psíquicos persisten y consecuentemente debe continuar el internamiento.
- c) Adoptar las medidas adecuadas para la protección personal y patrimonial de la persona internada.
- d) No prolongar el internamiento cuando no subsista la enfermedad.

De donde se desprende, que no parece estar en consonancia con lo que exige la importancia e intensidad del derecho que se limita, reducir el control de la continuación o no del internamiento a la recepción de los informes emitidos por parte de los facultativos de la Residencia o Centro en la que la Persona Discapaz se encuentra internada.

Por lo que, entre las actividades que forzosamente deben integrar el control periódico de los internamientos, deben incluirse las necesarias para que el juez tenga **de nuevo** el convencimiento de que persisten todos los elementos que fueron causa del auto de internamiento. Y es evidente, que aunque la LEC no lo exija expresamente, difícilmente se podrá entender que si para la autorización originaria, no obstante los obligatorios informes facultativos, resulta ineludible que el tribunal oiga a la persona afectada por la decisión, para la prolongación de la medida ya no sea necesario el trámite de audiencia y quede subsumido por los informes facultativos —de parte— del Centro o Residencia. Esto sería obviar el art. 24 CE dejando “*inaudita parte*” a la persona internada y al margen de una resolución judicial que le afecta de tal suerte que le restringe su libertad.

Esa posterior actuación jurisdiccional de autorización o no del internamiento no puede ser calificada como un mero incidente de un procedimiento principal, sino la consecuencia de su propia naturaleza, pues no se trata de resolver una cuestión distinta de lo que constituye el objeto de dicho procedimiento pero que guarde relación de conexidad con el mismo, sino de pronunciarse en cada caso y momento acerca de la cuestión

misma de la autorización del internamiento, que puede mantenerse o dejarse sin efecto. Cada una de esas resoluciones produce, por tanto, efectos constitutivos.

Por la misma razón, no cabe equiparar esa posterior actuación jurisdiccional a la ejecución de una resolución firme.

De lo que se concluye que el control periódico de la medida de internamiento comportará al menos:

- a) La audiencia de la persona a quien le afecta la medida.
- b) Los informes de los facultativos que atienden a la persona internada.
- c) El informe del médico forense o de un facultativo designado por el Juez, distinto e independiente del Centro o Residencia.

2. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA EL CONTROL PERIÓDICO DE LOS INTERNAMIENTOS

Mientras que la persona internada continúe en la misma Residencia o Centro para la que se dio la autorización de internamiento o en otra distinta, pero siempre dentro del partido judicial del Juez que la autorizó, no se plantea problema alguno en cuanto a la competencia para el control semestral o periódico, será Juez competente el mismo que originariamente lo autorizó.

Cuestión distinta es, determinar cuál es el Juez competente para efectuar el control periódico de los internamientos previsto en el art. 763.4 LEC, para el supuesto de que la persona internada sea trasladada a otra Residencia, Centro o Piso Tutelado que radique en partido judicial distinto al que autorizó originariamente el internamiento.

El tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia realizan acerca de la determinación de la competencia territorial en los controles periódicos de los internamientos no voluntarios, para el caso de que la persona internada sea trasladada a otro Centro o Residencia que radique en partido judicial distinto al que originariamente autorizó el internamiento, no puede ser calificado como pacífico, lo que comporta, que para tomar postura acerca de la cuestión que nos ocupa, examinemos cada una de las motivaciones dadas al respecto.

A tal fin, podemos sintetizar las diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales, del siguiente modo:

1. Los que entienden que el juzgado competente es el que dictó el primer auto de internamiento.

En síntesis, fundamentan su postura en los siguientes argumentos:

1. Que de conformidad con el artículo 52.1.5º LEC, en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el Tribunal del lugar en que éstos residan. En consonancia con dicho precepto, el artículo 763.1 LEC dispone que el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. Con arreglo a los anteriores preceptos no ofrece duda que la competencia para acordar el internamiento correspondía al Juzgado del lugar de residencia al tiempo de solicitarse la autorización para su internamiento.
2. Que el número 4 del mismo art. 763 LEC establece que una vez autorizado el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán remitidos cada seis meses, a no ser que el Tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los informes, el Tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación del internamiento.
3. Que en su consecuencia la Ley atribuye el seguimiento de la situación o evolución del incapaz al mismo Tribunal que dispuso su internamiento, lo que guarda conexión lógica con la norma del artículo 61 LEC, reguladora de la competencia funcional por conexión para conocer de las incidencias, atribuyéndola al Juez o Tribunal que tenga competencia para conocer del pleito principal y con el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que consagra el artículo 411 LEC al disponer que las alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.
4. A lo que añaden, la consideración de que todas las actuaciones del art. 763.4 LEC son propiamente de ejecución en la medida en que pertenecen también al juzgado que ha dictado la resolución en primera instancia tal y como dispone el art. 541.1 LEC.

5. Y finalmente, consideran que les avala en su postura la doctrina establecida por el TS en el Auto dado por su Sala 1ª de 1 de Junio de 2004 al señalar en el conflicto negativo de competencia planteado en expediente de autorización de internamiento de un presunto incapaz, que la prórroga de la litispendencia dada la inicial competencia territorial asumida, obliga, conforme a los arts. 410 y 411 LEC, a continuar con ella, aunque se cambie el domicilio que provocó el fuero competencial durante los siguientes trámites del proceso.

2. Los que entienden que el juzgado competente es el del lugar en el que reside la persona internada en cada momento.

Tesis que según nuestro criterio es la correcta, con independencia de lo que más adelante digamos, ya que ni en pura técnica procesal, ni por aplicación integradora y teleológica del art. 763 LEC, es sostenible la contraria.

Si tenemos en cuenta el contenido de las actividades antes descritas, y que deben desarrollarse para un efectivo control periódico de los internamientos y para la protección de los derechos fundamentales que están en juego, fácilmente ya se observa la imposibilidad de que su cumplimiento se pueda realizar a través del auxilio judicial y por juez distinto del que deba resolver.

Pero no obstante ello, la decisión de esta cuestión exige partir de la fundamental premisa de que no nos hallamos ante un proceso en el que un determinado órgano jurisdiccional, con exclusión de todos los demás, deba resolver una controversia entre partes con carácter definitivo, sino ante un procedimiento de naturaleza especial, como ya hemos visto, cuyo objeto está constituido, en un primer momento, por la autorización del internamiento psiquiátrico de determinada persona en un centro adecuado a sus circunstancias, pero que luego exige, si se acuerda dicha medida, seguir autorizando o no su permanencia en el centro en el que se halle internada, con la cadencia temporal que la ley establece, hasta que, en su caso, se produzca el alta médica.

Partiendo de esta premisa, es forzoso realizar un examen crítico de cada una de las argumentaciones dadas por los partidarios de la tesis de que la competencia siempre reside en el Juzgado que originariamente dictó el auto de internamiento, para de este modo poder concluir razonadamente a favor de la tesis que propugnamos.

1) Que de conformidad con el artículo 52.1.5º LEC, en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o de-

clarados pródigos, será competente el Tribunal del lugar en que éstos residan. Y que en consonancia con dicho precepto, el artículo 763.1 dispone que el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

Es evidente que las disposiciones relativas a la competencia territorial contenidas en los arts. 52.1.5ª y 763.1 LEC son indisponibles y por lo tanto de carácter obligatorio. Partiendo de esta premisa, es necesario calificar la naturaleza jurídico-procesal de esa posterior actuación jurisdiccional de autorización o no de la continuación del internamiento, para ver si le son de aplicación o no las reglas precitadas.

Los partidarios de mantener la competencia originaria califican, erróneamente, la actuación judicial de control periódico del internamiento, unas veces como incidente del pleito principal, y otras, como ejecución de la resolución dada.

Así, en primer lugar, no puede ser calificada como un mero incidente de un procedimiento principal, pues no se trata de resolver una cuestión distinta de la que constituye el objeto de dicho procedimiento pero que guarde relación de conexidad con el mismo, sino de pronunciarse en cada caso y momento acerca de la cuestión misma de la autorización del internamiento, que puede mantenerse o dejarse sin efecto. Cada una de esas resoluciones produce, por tanto, efectos constitutivos.

En segundo lugar, por la misma razón no cabe equiparar esa posterior actuación jurisdiccional a la ejecución de una resolución firme. Adviértase, que la resolución de autorización del internamiento no produce efectos de cosa juzgada material y, sobre todo, que no se trata de cumplir o ejecutar de forma sucesiva una medida inicialmente adoptada, sino de pronunciarse periódicamente y de forma autónoma acerca de si, atendidas las circunstancias personales del sujeto afectado en el momento al que se contrae su examen periódico, existe o no razón jurídica para autorizar que el mismo deba permanecer o no internado.

De donde cabe concluir, que si cada autorización de continuación o no del internamiento produce efectos constitutivos, y debe estar integrada por las actuaciones a las que nos hemos referido al hablar del contenido del control periódico, por aplicación de los arts. 52.1.5ª y 763.1 LEC, será juez competente el de la residencia actual de la persona de cuyo internamiento se trate y no el que originariamente autorizó tal internamiento.

2) Que el número 4 del mismo art. 763 establece que una vez autorizado el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán remitidos cada seis meses, a no ser que el Tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los informes, el Tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación.

Con base en esta argumentación, los partidarios de mantener la competencia originaria entienden que el art. 763.4 LEC atribuye al Tribunal que originariamente dictó el auto de internamiento la condición de ser el destinatario de los informes facultativos periódicos; cuando por el contrario, la LEC tan sólo habla de Tribunal y sin designación territorial alguna, de donde se desprende que en conexión lógica con el art. 763.1 LEC y con el carácter constitutivo de la resolución judicial por la que se autoriza o deniega la continuación de internamiento, el Tribunal al que se refiere el art. 763.4 LEC no puede ser otro que aquel que corresponda por el lugar en el que resida la persona a la que afecte la resolución judicial.

3) Que en su consecuencia la Ley atribuye el seguimiento de la situación o evolución del incapaz al mismo Tribunal que dispuso su internamiento, lo que guarda conexión lógica con la norma del artículo 61 reguladora de la competencia funcional por conexión para conocer de las incidencias, atribuyéndola al Juez o Tribunal que tenga competencia para conocer del pleito principal y con el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que consagra el artículo 411 LEC al disponer que las alteraciones que una vez iniciado el proceso se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.

En este apartado son dos las argumentaciones que se utilizan para mantener la competencia originaria: a) El de la conexidad derivada de su naturaleza de ser el control periódico un incidente del pleito principal; b) El del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*.

Por lo que a su condición de incidente se refiere, nos remitimos a lo ya dicho anteriormente, por entender que su insostenibilidad está ya suficientemente razonada.

En cuanto a la *perpetuatio iurisdictionis*, hemos de decir, que es sabido que la presentación y posterior admisión de la demanda supone una ruptura; se pasa de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional, y esa ruptura se define hoy con el término —*litispendencia*—, que significa en la terminología de CHIOVENDA la «existencia de una litis en la plenitud de sus efectos», y en la terminología hoy usual en los tribunales se habla de la constitución válida de la relación jurídico-procesal.

Esta relación jurídico-procesal válidamente constituida produce como uno de sus principales efectos la *perpetuatio iurisdictionis*, recogida en el art. 411 LEC “*Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia*”.

Por lo que ahora interesa señalar, los efectos que la litispendencia produce se concretan, básicamente, en que a partir del momento en que se origina, el órgano competente para el conocimiento del asunto debe continuar ese proceso, al margen de las alteraciones que puedan afectar al domicilio de las partes, hasta llegar a dictar sentencia que decida la controversia inicialmente planteada. La finalidad de la denominada *perpetuatio iurisdictionis* no es otra que la de lograr que el mismo órgano jurisdiccional ante el que se conformó con plenitud de efectos la relación jurídico procesal y se fijó el objeto del proceso, lo decida con carácter definitivo.

Este efecto no puede llevarse a sus últimas consecuencias en contra de la misma realidad, y así no sólo se admiten cambios de parte derivados de hechos naturales (como la muerte de uno de los litigantes), sino también de actos jurídicos (la transmisión inter vivos de la cosa litigiosa), aunque en este segundo caso con requisitos distintos a los del primero; a los que habría que añadir, los cambios de residencia en aquellos tipos de procedimiento que por su naturaleza sea indelegable la actividad probatoria que la Ley le exige al órgano judicial, como son los exámenes personales a los que se refiere el art. 763 LEC.

Lo que, en resumen, viene a significar: que si bien la *perpetuatio iurisdictionis* es algo consustancial a todo proceso contencioso (valga el pleonasma), no siempre ha de resultar aplicable a un procedimiento de tan especial naturaleza como el que nos ocupa, e incluso su aplicación —*sine limite*— al proceso contencioso, comportaría consecuencias indeseables, tal y como lo tiene declarado de forma reiterada y constante la Sala

Civil-Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana (Auto nº 8/2006, de fecha 31-1-2006, recurso nº 3/2006).

No está de más recordar de nuevo, que estamos ante un procedimiento de naturaleza especial, como ya hemos visto, cuyo objeto está constituido, en un primer momento, por la autorización del internamiento psiquiátrico de determinada persona en un Centro adecuado a sus circunstancias, pero que luego exige, si se acuerda dicha medida, seguir autorizando o no su permanencia en el Centro en el que se halle internada, con la cadencia temporal que la ley establece, hasta que, en su caso, se produzca el alta médica.

Todo lo anterior lo corrobora la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el auto de 27 de marzo de 2007, recurso 13/2007, resolviendo un conflicto negativo de competencia, y lo que es más, referido incluso a un proceso principal de incapacidad, cuando llega a la conclusión de que, de la naturaleza de estos procedimientos se desprende que la *perpetuatio iurisdictionis* debe operar con sujeción a lo previsto en el art. 763.1 LEC, y así entiende que no obstante haberse entablado válidamente la relación jurídico-procesal con la presentación y admisión de la demanda de incapacidad ante el juzgado en el que radicaba la Residencia Geriátrica en la que estaba la demandada, y haberse procedido a los trámites de la audiencia de parientes y nombramiento de defensor judicial, al no haberse podido practicar la diligencia de reconocimiento judicial prevista en el art. 759 LEC, por haber sido trasladada la demandada a otra Residencia Geriátrica sita en partido judicial distinto, procede atribuir la competencia el Juzgado de primera instancia del lugar en el que se encuentra internada.

Es decir, no parece que el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* sea de estricta aplicación a los controles periódicos de los internamientos.

4) A lo que añaden, la consideración de que todas las actuaciones del art. 763.4 LEC son propiamente de ejecución en la medida en que pertenecen también al juzgado que ha dictado la resolución en primera instancia tal y como dispone el art. 541.1 LEC.

Aquí, de nuevo nos remitimos a lo ya dicho acerca de la insostenibilidad de la consideración de que la actuación judicial del control periódico del internamiento sea un acto de ejecución de resolución judicial firme y principal.

V. La protección de la esfera patrimonial del discapaz psíquico durante el internamiento. Especial consideración del control del guardador de hecho

En cuanto a la protección patrimonial, esta faceta es de especial trascendencia para la protección de las Personas Discapaces. Tal como dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad *“uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”*.

Dentro de las funciones que el EOMF encomienda al Ministerio Fiscal en relación con las personas discapaces, incapacitadas o no, no sólo está la protección de su persona sino también la de su patrimonio, ya que difícilmente sería inteligible el separar la protección patrimonial de la personal, con lo que aquella significa para el desarrollo de ésta.

En este sentido el art 3 EOMF al hablar de las funciones del Ministerio Fiscal, dispone que le *corresponde “Asumir, o en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la defensa de menores y desvalidos”*.

Partiendo de esta premisa, desde el punto de vista de su incapacitación, dos son las categorías en las que podemos incluir a las personas discapaces psíquicas internadas de forma no voluntaria: a) discapaces psíquicos incapacitados, b) discapaces psíquicos no incapacitados.

Con base en todo lo anterior, es imposible obviar la realidad estadística e incontestada de que las dos terceras partes de las personas ingresadas con auto de internamiento en Residencias, Centros o Pisos Tutelados no están incapacitadas, y lo que es más, finalizan sus días ingresadas y sin incapacitar, con las posibles consecuencias discriminatorias que de ello se pueden derivar.

Así, nos encontramos que aquellas personas discapaces que han sido declaradas judicialmente incapaces, y, en su consecuencia, tienen nombrado o lo debieran tener, tutor, curador o representante legal, se encuentran protegidas del siguiente modo:

1. Tienen un representante legal nombrado con todas las garantías exigidas y con respeto a las prohibiciones prevenidas en los arts. 234 a 246 CC.
2. A ese representante legal se le puede exigir hasta fianza para garantizar la integridad del patrimonio del incapaz. Art. 260 CC.
3. Está obligado a hacer inventario. Art. 262 CC.
4. Viene obligado a la rendición anual de cuentas. Art. 269.4º CC.
5. Y finalmente, al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada. Art. 279 CC.

Es decir, gozan de una protección patrimonial integral, tanto antes de entrar a ejercer el cargo de defensa y representación del incapacitado como durante su ejercicio, y al finalizar éste.

Pues bien, frente a la total protección que se da para el declarado incapaz, el internado no voluntario y no declarado incapaz carece de institución jurídica formal de guarda que le proteja, salvo el guardador de hecho, institución que sin control en su nombramiento, en el desarrollo de actividad y al finalizar la misma, es la que ejerce las funciones que tiene encomendadas el tutor.

No se nos debe escapar ni dejar de lado, que la realidad actual demuestra que son más los internamientos involuntarios sin sentencia de incapacidad que los que la tienen, y que la proliferación de las denominadas residencias de mayores es abrumadora, debiéndose tener en cuenta que estos internamientos en la mayoría de los casos son de por vida.

En este supuesto, la personada internada en una Residencia, Centro o Piso Tutelado, es evidente que hasta su internamiento tendría y con su internamiento deja:

- a) Una vivienda, en propiedad o en arrendamiento.
- b) Un patrimonio mayor o menor, pero lo tendría.
- c) Una fuente de ingresos.
- d) Unos saldos bancarios.

Además de las muchas posibilidades que nos podamos imaginar como variantes de lo que pueda ser objeto del patrimonio personal.

De donde se desprende, que es preciso que por parte del Ministerio Fiscal se establezcan las pautas necesarias dirigidas al control de los guardadores de hecho en el ejercicio

de sus funciones, para conseguir la conservación, y en la medida de lo posible, el incremento del patrimonio de las personas afectas de discapacidad internadas que estén bajo su guarda, asegurando que éste sólo lo destina a la atención y bienestar del discapaz, evitándose con ello cualesquiera irregulares desviaciones.

A tal fin, sería deseable que tanto en las diligencias preprocesales previas a la solicitud de internamiento cuando sea el Ministerio Fiscal el instante, o en las que se incoen con posterioridad, bien derivadas de los controles periódicos, o bien como consecuencia de las inspecciones efectuadas a las Residencias, Centros o Pisos Tutelados, se practiquen todas las actuaciones necesarias encaminadas a la protección patrimonial de la persona cuyo internamiento se solicita, o ya se ha efectuado, según los casos.

De este modo, cuando sea el Ministerio Fiscal el instante del internamiento, entre la documentación que se solicite, se deberá exigir que se acrediten, al menos, los siguientes extremos:

1. Inmuebles: descripción, uso y valoración.
2. Muebles: descripción, lugar en el que se encuentran y valoración.
3. Acciones, fondos de inversión, planes de pensiones y otras participaciones en sociedades.
4. Cuentas corrientes y de ahorro.
5. Rentas de percepción periódica: (pensiones, alquileres, retribuciones, dividendos, intereses, etc.).
6. Quién custodia el patrimonio que la persona internada deja tras su internamiento, —patrimonio que ha sido el resultado de toda su vida activa y consciente—.
7. Quién cobra las pensiones que pueda obtener y quién puede disponer de los saldos existentes en las libretas de ahorro y cuentas corrientes.
8. Si existen poderes generales otorgados por la persona internada, que al no estar incapacitada son susceptibles de ser usados.

Una vez determinados estos extremos, si de su resultado se desprende la conveniencia de la adopción de medidas de protección patrimonial de la persona discapaz, se procederá a ponerlos en conocimiento de la Autoridad Judicial solicitando que con base en lo previsto en el art. 303 CC se requiera al guardador de hecho para que informe de su actuación, y en su caso, establecer las medidas de control y vigilancia oportunas.

VI. Control e inspección de residencias, centros y pisos tutelados

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Finalmente y como reglas meramente indiciarias para facilitar la labor de los Fiscales adscritos al despacho de estas materias, con la pretensión de conseguir la necesaria unificación en el desarrollo de las funciones inspectoras y de control de las Residencias, Centros y Pisos Tutelados, y así poder dar un efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la Circular 2/1984, en las Instrucciones 6/1987 y 3/1990 de la FGE, así como a lo que aquí se contiene, se adjunta un protocolo de actuación, ya que tratándose de actividad tan compleja, reservada y de especial trascendencia, entendemos que no está de más establecer las líneas directrices a las que se deberán adecuar las actividades inspectora y de control.

De este modo:

- a) Recomendar la ponderación y “*natural prudencia*”, que a los Fiscales les exige la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/1990/, de 7 de mayo, en el desarrollo de tan delicada actividad inspectora.
- b) Evitar, por lo tanto, que la actividad inspectora de los Fiscales invada esferas que exceden del ámbito de nuestra competencia y que pertenecen a la actividad inspectora de otros Órganos de la Administración.
- c) Centrar la actividad inspectora en los siguientes extremos:
 1. El control de la regularidad de la estancia de cada uno de los residentes, al tener auto de internamiento que así lo autorice, o solicitud en su caso.
 2. El control de las personas incapacitadas.
 3. El control de los intereses patrimoniales de los internados.
 4. El control del Funcionamiento de la Residencia, Centro o Piso Tutelado, a través de la posesión de la correspondiente autorización administrativa.
- d) Dar traslado e informar del resultado de cada inspección al Fiscal Jefe y al Fiscal Coordinador de la Sección, en su caso, debiéndose incoar diligencias preprocesales, para el caso que así proceda, tendentes a proteger la esfera personal y patrimonial de las personas internadas discapaces.

2. CONTENIDO DE LOS REQUERIMIENTOS A LAS RESIDENCIAS, CENTROS O PISOS TUTELADOS

Este apartado es de especial trascendencia, ya que si se consigue tener desde el principio, de cada Residencia, Centro o Piso Tutelado una información de manera completa,

todos los datos que mensualmente remitan a las Fiscalías no habrá más que, tras su revisión, unirlos al archivo de cada uno de ellos, con lo que se consigue que en todo momento se conozca la situación real de cada una de las personas ingresadas, así como del Centro en que se encuentran.

Consideramos que es importantísimo unificar el contenido y la forma en que las Residencias, Centros o Pisos Tutelados deben realizar las comunicaciones a las Fiscalías para que los datos que proporcionen sean sólo los necesarios y para que todos los Fiscales trabajen sobre las mismas premisas.

Así, a cada Residencia, Centro o Piso Tutelado se les deberá realizar un requerimiento por el que, se les solicitará:

1. Relación y número de personas internadas con auto de autorización judicial.

Relación a la que deberá acompañarse la copia del auto de internamiento, o en su caso, la del escrito de solicitud de autorización de internamiento.

Documentos que debe tener en su poder, al ser ésta resolución la que les legitima para poder practicarse de forma regular el Internamiento en su Centro.

2. Relación y número de personas internadas declaradas incapaces.

Relación a la que deberá acompañarse la copia de la sentencia de incapacitación.

3. Relación de los Guardadores de Hecho, con determinación del grado de parentesco y de su domicilio.

4. Relación de los Tutores y curadores, con determinación del grado de parentesco y domicilio.

5. Relación y número del personal trabajador, con documentación acreditativa de estar dado de alta en la SS; lo que da credibilidad, e indica, indiciariamente, la dedicación.

6. La documentación acreditativa de la situación Jurídico-Administrativa, que contenga la Autorización de Funcionamiento.

Asimismo, se les deberá requerir para que mensualmente remitan a la fiscalía los siguientes estadillos:

1. Estadillo de altas y bajas de los internamientos no voluntarios. Acompañado de la copia de los autos de internamiento o de sus solicitudes.
2. Estadillo de altas y bajas de las personas internas incapacitadas.
3. Estadillo de altas y bajas de los guardadores de hecho.
4. Estadillo de altas y bajas de los tutores y curadores.

Y finalmente, deberán tenerse en consideración las conclusiones contenidas en la Instrucción de la FGE de 3/1990, de 7 de mayo, relativa a “*Régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias*”.

VII. Conclusiones

1.º El procedimiento para la autorización o aprobación judicial del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico es el instrumento jurídico que pretende resolver el conflicto de intereses entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de las personas. De donde se desprende que la falta de equilibrio y ponderación en la actuación de los poderes públicos y de los particulares puede provocar una lesión de los derechos cuya protección se persigue, tanto por exceso (limitación injustificada de la libertad), como por defecto (desprotección de la integridad física y moral).

2.º Se pretende un riguroso control judicial para todos los internamientos no voluntarios, ya que es ésta la única forma de garantizar el Derecho a la Libertad de aquellos que, por razón de trastorno psíquico, no están en condiciones de decidir por sí. Lo que significa que, el internamiento que contempla el art. 763 LEC, está protegiendo el derecho a la libertad de todos aquellos que lo precisan, por tener alteradas sus facultades psíquicas, no sólo como una medida exclusivamente terapéutica, sino que también, como ocurre en múltiples ocasiones, como cauce para procurar la protección de la comunidad y del propio enfermo.

3.º El art. 763 LEC constituye una norma procesal que, prevista para un supuesto concreto, no puede reconducirse a una categoría única, pues encierra en sí misma, un conjunto de actividades heterogéneas “*presupuestos, competencia, actividad probatoria, resolución y control de continuación*” conducentes a un único fin, cual es, que el internamiento

se realice “regularmente”, es decir, sin menoscabo de las garantías contempladas en el precepto, y con respeto a los Derechos Fundamentales que allí se protegen.

4.º Incapacitación e internamiento son situaciones jurídicas distintas, independientes, autónomas, que no se exigen mutuamente. Sin que esto signifique que sean instituciones que se excluyen. Por un lado, el internamiento puede ser una medida cautelar adoptada en un procedimiento de incapacitación, así, el art. 760 LEC, en sede de incapacitación, señala expresamente que la sentencia que declare la incapacitación se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del incapacitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763. Y por otro, el art. 763 LEC permite iniciar el expediente de incapacitación, pues conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 (legitimación en los procesos de incapacitación): cualquier persona está facultada y la autoridades y funcionarios deben poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación de una persona.

Lo que comporta que, en la práctica, son las diligencias practicadas antes, durante y después de la autorización de internamiento las que sirven de base para la presentación de la demanda de incapacidad.

5.º Los internamientos se clasifican en: 1) Internamientos no voluntarios: a) Internamientos sujetos a la previa autorización judicial, b) Internamientos sujetos a la posterior aprobación judicial; y 2) Internamientos voluntarios.

6.º Dada la especial naturaleza de este procedimiento y los derechos fundamentales a los que afecta, la competencia territorial se determina primando el domicilio real sobre el administrativo. Y este parece ser el sentir del art. 763 LEC, cuando en su dicción evita la expresión —*domicilio*—, (que por el contrario emplea en el art. 50 al regular la competencia territorial y el fuero general de las personas físicas), sustituyéndola por la de “...*lugar donde resida la persona afectada por el internamiento*”.

7.º En el internamiento ordinario no urgente la competencia territorial le corresponde al Juez del domicilio donde resida la persona que se pretende internar (art. 763.1 LEC).

8.º En el internamiento urgente la competencia territorial le corresponde al Juez del lugar en que radique el centro de internamiento (art. 763.1, párr. 2º LEC).

9.º En el internamiento originariamente voluntario que se transforma en involuntario con el transcurso del tiempo, debido a que la persona internada por un progresivo deterioro

de las facultades cognitivas ya no está en condiciones de poder decidir por sí misma, en estos casos, la competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique la Residencia, Centro o Piso Tutelado en que se internada.

10.º En los internamientos “*pseudo-urgentes*”, es decir, aquellos en los que la autorización de internamiento se solicita con posterioridad al ingreso de una persona, generalmente de avanzada edad, en las Residencias o Centros, que aceptan el ingreso sin que la persona a internar esté en posesión del auto de autorización de internamiento y en las 24 horas siguientes comunican el ingreso al Tribunal, pretendiendo salvar de ese modo la irregularidad, en estos casos, al igual que los internamientos urgentes, la competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique la Residencia, Centro o Piso Tutelado.

11.º La legitimación activa en los internamientos ordinarios la tienen: a) El presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz (art. 757.1 LEC); y en el caso de los menores de edad, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC); b) El Ministerio Fiscal (art. 757.2, 749 y 758 LEC).

12.º La legitimación activa en los internamientos urgentes, teniendo en cuenta sus especiales características derivadas de la condición de “*urgente*”, la ostentará y estará facultada para promoverlo, cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos que puedan ser base para que se proceda al internamiento urgente, sea o no familiar y esté o no entre las enumeradas en el art. 757 LEC, y será el facultativo quien, una vez reconocido el enfermo, si así lo estima, ordenará el internamiento.

13.º La legitimación pasiva la ostentan aquellos que reúnan los requisitos exigidos por el art. 763. LEC, del que se desprende que son sujetos pasivos del internamiento no voluntario, aquella persona que reúna los siguientes requisitos: a) Que esté afectado por un trastorno psíquico, b) Que para el ejercicio del derecho constitucional a su salud (art. 43 CE) sea necesario su internamiento en un centro adecuado, y c) Que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma.

14.º Los internamientos asistenciales no voluntarios de personas de avanzada edad, en Centros o Residencias, precisan de la autorización Judicial prevista en el art. 763 LEC, pretendiéndose de este modo garantizar y armonizar el derecho a la libertad (art. 17 CE) con el derecho a la salud (art. 43 CE), en aquellos casos en que la protección de ésta requiere una limitación del derecho a la libertad, mediante el ingreso y tratamiento en un Centro adecuado.

15.º No obstante no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en esta clase de procedimientos, la LEC en el art. 763.3 la permite cuando establece que *“En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley”*.

16.º El Ministerio Fiscal nunca asumirá la defensa en los procedimientos de internamiento, ya que interviene y debe limitar su actuación, a la de “dictaminador”.

17.º El control periódico del internamiento previsto en el art. 763.4 LEC, no puede ser calificado como un mero incidente de un procedimiento principal, pues no se trata de resolver una cuestión distinta de lo que constituye el objeto de dicho procedimiento pero que guarde relación de conexidad con el mismo, sino de pronunciarse en cada caso y momento acerca de la cuestión misma de la autorización del internamiento, que puede mantenerse o dejarse sin efecto. Cada una de esas resoluciones produce, por tanto, efectos constitutivos.

18.º Reducir el control de la continuación o no del internamiento a la recepción de los informes de parte emitidos por los facultativos de la Residencia o Centro en la que se ha practicado el internamiento, no está en consonancia con lo que exige la importancia e intensidad del derecho que se limita.

De lo que se concluye, que el control periódico de la medida de internamiento debería comportar al menos: a) La audiencia a la persona a quien le afecta la medida, b) Los informes de los facultativos que atienden a la persona internada, c) El informe del médico forense o de un facultativo designado por el Juez, distinto e independiente del Centro o Residencia.

19.º La competencia territorial para el control periódico de los internamientos, prevista en el art. 763.4 LEC, le corresponde a los juzgados de la residencia actual de la persona de cuyo internamiento se trate, y no al que originariamente autorizó tal internamiento, pues con esa decisión inicial de internamiento no se agota el procedimiento ya que se deberá controlar tal situación y seguir autorizándose o no el mismo, y esa actuación posterior no puede ser calificada de mero incidente o equipararse a una ejecución de sentencia.

20.º Es función del Ministerio Fiscal desarrollar toda la actividad necesaria para controlar que los guardadores de hecho en el ejercicio de sus funciones, extremen el celo para conseguir la conservación, y en la medida de lo posible, el incremento del patrimonio de las personas afectas de discapacidad internadas que estén bajo su guarda, aseguran-

do que éste sólo se destina a la atención y bienestar del discapaz, evitándose con ello cualesquiera irregulares desviaciones.

21.º Para dar adecuado cumplimiento a la *facultad-deber* que al Ministerio Fiscal le atribuye el art. 4.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de “*Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de nuestro respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información se estime conveniente*”, se deberán establecer en cada Fiscalía las pautas de actuación necesarias y encaminadas para que por los Fiscales encargados de la protección de las Personas Discapaces se proceda a la inspección periódica de los Centros, Residencias o Pisos Tutelados, actividad que deberá comprender cuanto menos los siguientes extremos: a) El control de la regularidad de la estancia de cada uno de los residentes, al tener auto de internamiento que así lo autorice, o solicitud en su caso, b) El control de las personas incapacitadas, c) El control de los intereses patrimoniales de los internados, d) El control del Funcionamiento de la Residencia, Centro o Piso Tutelado, a través de la posesión de la correspondiente autorización administrativa, e) El cumplimiento de los controles periódicos, y f) Cualesquiera otras que se desprendan de las anteriores.