

**LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR. EL
INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO
PSÍQUICO**

Yolanda De Lucchi López-Tapia
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga*

I. INTRODUCCIÓN

A través de los procesos sobre capacidad de las personas regulados en el Capítulo II, del Título I, del Libro IV de la LEC (arts. 756 a 763), la intervención de los órganos jurisdiccionales como garantes de los derechos de las personas con discapacidad psíquica se divide en tres tipos de actuación:

-La determinación de los apoyos necesarios que la persona con discapacidad psíquica pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica, además del nombramiento de tutores, curadores o guardadores.

-La posibilidad de decretar medidas concretas de protección amparadas en el art. 158 CC que, aunque referidas en el precepto a los menores, pueden hacerse extensivas a las personas con la capacidad de obrar modificada.

-La posibilidad de decretar la autorización judicial para el internamiento de la persona en un centro para el tratamiento de su enfermedad psíquica.

-La posibilidad de decretar la autorización judicial para la esterilización.

Todos estos procesos pertenecen a la categoría de *procesos no dispositivos* a los cuales se aplican las disposiciones generales contenidas en los arts. 749 a 755 LEC.

II. LOS PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD.

I.1. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Si bien la capacidad jurídica se reconoce a todas las personas físicas sin distinción alguna en función de sus circunstancias, la capacidad de obrar puede verse privada en las personas en que, por razón de trastornos psíquicos, no tengan la habilidad natural para poder realizar actos jurídicos válidos. En esos casos, entran en juego las dos grandes instituciones tutelares de nuestro CC, la tutela y la curatela como formas de sustituir la falta de capacidad de obrar de las personas.

En el año 2008 se ratifica por España la Convención de la ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad hecho en Nueva York en 2006 (en adelante, CDPD), cuyo artículo 12 reconoce igual capacidad jurídica a todos los sujetos. La singularidad del precepto es el cambio de paradigma en la concepción de la capacidad jurídica¹. En efecto, el art. 12 reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas y que, en aquellos casos en los que a estas personas, por razón de su trastorno, enfermedad o condición, el ejercicio de su capacidad jurídica les coloque en una situación de desigualdad con el resto de personas, los Estados deberán garantizar un sistema de *apoyos* en el ejercicio de esa capacidad jurídica. Esta nueva concepción significa, por tanto, que los sistemas tutelares

¹ Vid. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Observación General n° 1 sobre el artículo 12 (2014)*.

tradicionales de *sustitución* en la toma de decisiones de las personas con discapacidad deben ser reemplazados por sistemas de *apoyo* en la toma de decisiones.

Como consecuencia de la recepción de la Convención en nuestro ordenamiento interno, se ha hecho necesario analizar la compatibilidad de lo previsto en el art. 12 de la CDPD con nuestra legislación civil y procesal en la materia, al efecto de reformar lo que no se adecue a ella².

El artículo 12 no se limita a establecer que la protección de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica se realice en función de un sistema de apoyos, sino que, además, añade una serie de salvaguardias en el cauce procedimental para la provisión de dichos apoyos. Aunque el TC ha establecido la compatibilidad de la CE con el proceso actual sobre capacidad de las personas³, lo cierto es que nos encontramos ante un procedimiento anacrónico que avoca a las partes hacia la incapacidad total. A pesar de esto, el TS ha venido haciendo esfuerzos para la creación

² La Convención genera una cascada de cambios que no solo tienen incidencia en el contenido de las normas sino también en la terminología que utilizamos y que debe ser resaltado en primer lugar. Ese es quizá el paso mejor aprendido por el legislador en materia de adaptación al Convenio. En la mayoría de las normas posteriores a la Convención ha ido modificando progresivamente la terminología a utilizar. Y es quizá en el contexto procesal donde esa nueva terminología se revela como más explícita. Ya no hablamos, por tanto, de “incapacitación” ni de “incapaces” ni “incapacitados”, sino de personas con la capacidad jurídica modificada judicialmente y de procesos de modificación de la capacidad de obrar. En principio, el legislador instó a las necesarias reformas procesales por cuanto en la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. se auto exhortaba en un plazo de 6 meses a presentar un proyecto de ley de reforma de la legislación de los procedimientos de incapacitación judicial que pasarían a denominarse *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*, para su adaptación a las previsiones de la Convención. Tal proyecto de ley no fue presentado, por lo que, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CDPD, ordenaba nuevamente al gobierno para que, en un año, remitiese un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al art. 12 CDPD. Dicho proyecto establecería las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen. Sin embargo, ese cambio no ha llegado aún.

³ Sentencia 174/2002 de 9 de octubre (TOL 282.535):

“En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 CC.), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 LECivil que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 Cc), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.”

de una doctrina jurisprudencial que interprete las normas civiles y procesales de forma concordante con los dictados de la CDPD⁴.

I.2 LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD

El CC y la LEC se refieren a la prodigalidad de forma independiente como causa específica para modificar la capacidad de obrar de una persona, nombrándole la asistencia de un curador. En efecto, una de las pocas referencias que nuestro CC contiene respecto a la prodigalidad es la contenida en el art. 286. 3, donde se establece que será sometido a curatela el declarado pródigo. Sin embargo, no existe ningún precepto en la citada norma a quiénes son pródigos o en que consiste la prodigalidad. La LEC, por su parte, se limita únicamente a regular el proceso para declarar la prodigalidad de una persona, que es el mismo que el proceso para modificar la capacidad de obrar de una persona en razón de una discapacidad intelectual, con alguna especialidad. Tampoco hace ninguna referencia al concepto o causas que pueden dar lugar a la declaración judicial de prodigalidad.

Ante la ausencia legal de concepto y requisitos que fundamenten una declaración judicial de prodigalidad, ambos extremos se han construido jurisprudencialmente.

Así, la prodigalidad supone una *"conducta socialmente condenable de la persona que de modo habitual pone en riesgo injustificado su patrimonio, en perjuicio de su familia más íntima (cónyuges, descendientes y ascendientes). Es evidente que el significado que tiene en su mente el legislador es que tomando como base la jurisprudencia consolidada se puede decir que pródiga es la persona que de forma habitual gasta patrimonio de forma desordenada e irreflexiva. El pródigo no es un incapaz en el sentido del artículo 200, es decir, no padece deficiencias físicas o psíquicas que le impiden gobernarse por sí mismo, si su conducta desordenada en su esfera patrimonial fuese debida a aquellas enfermedades deberá ser incapacitado, por ello es contradictorio que quien es capaz de gobernarse por sí mismo, sea, sin embargo, sometido a una restricción de su capacidad de obrar(..).*

Las notas características son: a) *Se requiere una conducta habitual (sentencia de 25 de marzo de 1942).* b) *Que dicha conducta sea esencialmente condenable. Lo que sucede cuando según la opinión común, la persona es considerada como "manirroto" "dilatadora de sus bienes", "que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles o superfluas", en desproporción con sus posibilidades", sin ninguna finalidad ventajosa para él y su familia" (sentencias de 30 de septiembre 1930, 25 de marzo de 1942 y 18 de mayo de 1962). Sin embargo, la doctrina afirma que, una administración mala o desafortunada, un negocio arriesgado o atrevido no merman por sí mismo el calificativo de socialmente condenables, a no ser que, por las circunstancias que concurrían por los medios empleados, o, por los resultados irrazonables.* c) *La conducta ha de crear un riesgo injustificado para el patrimonio. Riesgo o peligro que se refiere al corrector de la conducta, y que precisamente lo hace socialmente condenable.* d) *En perjuicio de su familia más íntima (cónyuge, descendientes o ascendientes) que perciban alimentos del*

⁴ Vid. entre otras, STS 282/2009, de 29 de abril (TOL 1.514.778), STS 504/2012, de 17 de julio (TOL 2.635.528), STS 341/2014 de 1 de Julio (TOL 4.468.983) y STS 596/2017, de 8 de noviembre (TOL 6.427.859)

presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselo), lo que quiere decir que la declaración de prodigalidad no se da en beneficio de la sociedad, sino para proteger un interés privado familiar”⁵.

I.3 LA REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD O LA MODIFICACIÓN DEL ALCANCE DE LA INCAPACITACION (SIC)

El art. 761 LEC regula, como proceso independiente, aunque con la misma tramitación procesal que los anteriores, el proceso para reintegrar la capacidad de obrar privada por un proceso anterior o incluso para modificar el alcance de las modificaciones a la capacidad de obrar de un sujeto realizadas también en un proceso anterior, ya sea para reducir los apoyos o para aumentarlos.

Efectivamente, la determinación de los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica implica, *per se*, que pueda tratarse de algo puntual, para un caso concreto, y que no tiene vocación de permanencia en el tiempo. El art. 12.4 de la CDPD establece como salvaguardia en la concesión de los apoyos, que éstos deban ser revisados periódicamente y de oficio. Sin embargo, en nuestro actual proceso sobre la capacidad de las personas, la modificación de la capacidad de obrar se concibe casi como algo permanente, puesto que, si se pretende revisar dicha modificación, estamos obligados a tramitar un proceso contencioso, con las mismas dificultades que el propio proceso para determinar la privación de la capacidad. Las características de algunos de esos trastornos, unido a las exigencias contenidas en el citado art. 12, determinan que la persona pueda precisar de esos apoyos en intervalos intermitentes de su vida, recuperando la plena capacidad en algunos momentos y necesitando de dichos apoyos en otros, por lo que hace necesario una flexibilidad procedimental en este sentido que todavía no tenemos.

III. LÍNEAS GENERALES DE LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

III.1. REGLAS DE COMPETENCIA

El art. 756 LEC establece que serán competentes para conocer sobre las demandas de incapacitación y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

Respecto a la competencia objetiva establecida en el citado art. 756 LEC, es necesario tener en cuenta la especialización de juzgados en determinados partidos judiciales, a resultas de los Acuerdos del CGPJ en materia de especialización jurisdiccional, por la vía del art. 98 LOPJ. Estos juzgados especializados van a ser los encargados de conocer de forma exclusiva y excluyente de los procesos relacionados con la capacidad de las personas. Aunque es plausible esta especialización de nuestros

⁵ SAP de Córdoba 223/2003, de 29 de Abril (TOL 275.992)

juzgados en una materia tan sensible como ésta⁶, aún sería deseable un mayor grado de especialización en nuestra planta judicial⁷.

Respecto a la competencia territorial, el legislador se aparta, en esta materia, del fuero general del domicilio del demandado y lo circunscribe al fuero de la residencia del demandado –persona cuya capacidad es necesario modificar-, sin que sean aplicables reglas de sumisión expresa o tácita. La elección de este fuero responde al principio que preside la construcción de estos procesos, el superior interés de la persona con discapacidad psíquica, ya que con la determinación del fuero de la residencia se facilita la tramitación procedimental con base en la cercanía del demandado, facilitándose así, por ejemplo, la práctica de la prueba preceptiva del examen del presunto incapaz.

No obstante, la determinación de la competencia territorial con base en la residencia del demandado y los sucesivos cambios de residencia que pudieran suceder durante la tramitación del proceso han planteado problemas sobre la vigencia en estos procesos de la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* como mantenimiento ficticio de las circunstancias que fundamentaron la elección del juez competente (art. 411 LEC).

El TS fijó una doctrina jurisprudencial consolidada⁸, materializada en un Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2008, estableciendo que “*en materia de gestión de tutela, resulta aplicable el fuero de la nueva localidad en que reside el incapaz [sic], lo que se justifica por el principio de protección del incapaz, en relación con razones de inmediación y eficacia, y la efectividad de la tutela judicial exigida por la norma constitucional del art. 24.1 CE*”. Con arreglo a este acuerdo, en los procesos sobre capacidad de las personas, el cambio de residencia de los demandados –algo muy frecuente en estas personas, sometidas a muchos desplazamientos por cambio de vivienda en función de turno con los hijos, o cambio de residencia– obligaba a un cambio en la competencia del órgano jurisdiccional.

Desde un punto de vista legal, ha sido la LJV la que ha recogido este criterio para los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de tutela en su art. 43.2 LJV.

Sin embargo, no es menos cierto que resulta necesario aplicar ciertas dosis de flexibilidad también en la aplicación de este criterio de excepcionalidad, puesto que la aplicación estricta de la exclusión de la *perpetuatio* en estos procesos no siempre resulta conveniente, en aras de gestionar eficazmente la tutela de la persona con capacidad jurídica modificada⁹. Si, efectivamente, el fuero de residencia del demandado favorece su reconocimiento judicial, así como la práctica de la prueba pericial, no parece tener mucho

⁶ Debemos de añadir también la especialización de la Fiscalía también en estas materias como garante de los derechos de las personas con la capacidad de obrar modificada o por modificar.

⁷ Así lo pone también de manifiesto LAFUENTE TORRALBA, A., “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, en *REDUR*, nº 10, 201, págs.126 y 127.

⁸ Autos del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2010 (TOL 1.831.685), 2 de febrero de 2010 (TOL 3.443.765), 11 de Mayo de 2010 (TOL 3.447.157) y 11 de Enero de 2011 (TOL 3.427.244).

⁹ Vid. CASTILLO FELIPE, r. quien realiza una crítica ante la exclusión de la operatividad del art. 411 LEC en los procesos de modificación de la capacidad. “Inmediación, competencia territorial y *perpetuatio iurisdictionis* en el proceso de incapacitación” en *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del derecho/coord. por Ángel Valencia Saíz*, 2014. Vid. en este sentido también LAFUENTE TORRALBA, A., *op.cit.*, pág. 128. Asimismo, las Conclusiones del Seminario de Jueces de Incapacidades organizado por el CGPJ y celebrado el 22 de febrero de 2012 establecen que parece conveniente que este criterio sea interpretado con cierta flexibilidad y sentido común.

sentido que, una vez que se haya practicado dicha prueba y se produzca un cambio de residencia del demandado, tenga necesariamente que inhibirse el juzgado que esté conociendo del proceso en favor del órgano jurisdiccional del lugar de la nueva residencia de aquél. Será más eficaz determinar la aplicación de la *perpetuatio* con el objeto de agilizar la terminación del proceso.

III.2 LEGITIMACIÓN ACTIVA

Como proceso de carácter no dispositivo, la *legitimación activa* en estos procesos viene establecida en la propia LEC, debiendo el órgano jurisdiccional efectuar un control *a limine litis* de la misma. Esto quiere decir que la legitimación en estos procesos difiere de la legitimación de otro tipo de procesos de carácter netamente dispositivo en el que el control de la legitimación constituye una cuestión de fondo a analizar en el momento procesal oportuno en el que el juez entre a decidir sobre el mismo. Sin embargo, la legitimación en estos procesos ha sido denominada capacidad de conducción procesal, como la cualidad material que ha de concurrir en determinadas personas para la interposición de la demanda o para la defensa de específicas pretensiones, a fin de que puedan constituirse como partes formales en un determinado proceso¹⁰, sin que ello suponga una merma del derecho a la tutela judicial efectiva¹¹

El art. 757 LEC se refiere a la legitimación activa en estos procesos sobre capacidad de las personas distinguiendo en función del proceso concreto.

III.2.1. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE UN MAYOR DE EDAD

Si se trata de iniciar un proceso para modificar la capacidad de obrar de un mayor de edad, tendrán legitimación para promover dicha modificación (art. 757.1 LEC):

-**el presunto incapaz**¹². Si bien el legislador introdujo esta legitimación con el fin de dotar de mayor autonomía en la toma de decisiones acerca del ejercicio de su capacidad jurídica¹³, lo cierto es que, procesalmente, es difícil articular el procedimiento y respetar

¹⁰ Vid. GIMENO SENDRA, V. y CALAZA LÓPEZ, S. “¿Puede un juez de oficio inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?”, en *Diario La Ley* nº 6125, 11 de noviembre de 2004, pág. 3.

¹¹ Tal y como establece la STS 681/2004 de 7 julio (TOL 483.369) “*el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 de la Constitución a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos es de configuración legal, como en infinidad de ocasiones ha declarado el Tribunal Constitucional, y en consecuencia cabe su restricción normativa en determinadas materias por más que en la demanda se invoque, e incluso en el proceso se justifique, un interés que en abstracto pueda considerarse legítimo pero que la Ley no ha configurado como tal*”

¹² Posibilidad introducida por la Ley Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

¹³ Calificada por BANACLOCHE PALAO, J., como “*a todas luces innecesaria porque la persona que se halle en tal situación puede perfectamente realizar un acta de manifestaciones ante Notario e indicar su voluntad de futuro, como expresamente autoriza el art. 223 CC*”, en “*Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria*”, en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*. Madrid, 2016, pág. 253.

el principio jurídico-natural de dualidad. Esto pone de manifiesto que nuestro sistema actual de incapacitación (*sic*) es un sistema muy anclado en la controversia; de hecho, es un proceso que, aunque especial, no deja de estar regulado como contencioso. Y en la mayoría de los procesos de incapacitación no hay controversia, no hay oposición de la parte demandada. Ello porque el objeto del proceso no es, en la mayoría de los casos, la determinación de un trastorno psíquico que impida tomar decisiones en igualdad de condiciones del resto de personas, sino que el objeto consiste en, partiendo de la existencia de la enfermedad, determinar cuáles son los apoyos que esa persona necesita. Por tanto, todos los sujetos parte en el proceso pueden estar defendiendo la misma pretensión, lo que no encaja en un proceso contencioso.

-cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable. El término cónyuge está incluyendo a la persona que se encuentre en una situación de separación legal, lo que puede estar ciertamente en contra del espíritu de la norma que legitima a los que forman parte del núcleo familiar cercano.

-Ascendientes, descendientes o hermanos del presunto incapaz.

-El Ministerio Fiscal si no hay nadie de los anteriores que la promueva (art. 757.2 LEC)

El apartado 3 del art. 757 LEC, establece una especie de vía de legitimación de la modificación de la capacidad de obrar a personas, que sin estar legitimadas por la propia Ley, ponen de manifiesto ante el Ministerio Fiscal la necesidad de promover una modificación de la capacidad de obrar de una determinada persona. El Ministerio Fiscal, como legitimado legal, decidirá si interpone o no la correspondiente demanda.

Como establece el TS, *“de manera razonable, tanto por la naturaleza delicada de la materia como por su privacidad, la ley restringe la posibilidad de promover la limitación de la capacidad a un círculo de próximos a la persona con discapacidad, pero también admite que «cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación» (art. 753 LEC (RCL 2000, 34)), tal y como con anterioridad hacía el art. 204 CC (LEG 1889, 27) desde la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre (RCL 1983, 2298) .*

Pero la legitimación corresponde al Ministerio fiscal, y no a cualquier persona, con lo que se evitan iniciativas temerarias y aun maliciosas por razón de enemistad o conveniencia contra personas en las que no concurre causa de limitación de la capacidad, y que con el criterio restrictivo del art. 757 LEC (RCL 2000, 34) quedan excluidas”¹⁴.

III.2.2. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE UN MENOR DE EDAD

Para promover la modificación de la capacidad de obrar de un menor, sólo estarán legitimadas las personas que ostenten la patria potestad o la tutela de dicho menor. En

¹⁴ STS 600/2015 de 4 noviembre (TOL 5.550.396)

estos casos, se limita el número de personas que pueden promover dicha modificación, no estando siquiera legitimado el propio Ministerio Fiscal (art. 757.4 LEC).

“la inadmisión de la personación tardía del padre constituya causa de nulidad, pues en el procedimiento de incapacidad no son los derechos de los progenitores los que deben tutelarse sino los de la persona cuya declaración de incapacidad se solicita y nada aporta a la defensa y protección de sus derechos del presunto incapaz que la condición de parte en el procedimiento la tenga un progenitor o los dos o que no la detente ninguno de los progenitores ya que la personación de los padres no es necesaria para la prosecución del procedimiento”.

III.2.3. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA DECLARACIÓN DE PRODIGALIDAD

Para promover la declaración de prodigalidad, la LEC legitima a aquellos en los que coincida la doble circunstancia de ser pariente –cónyuge, ascendientes o descendientes- y la de percibir alimentos del presunto prodigo o se encuentren en situación de reclamárselos. El Ministerio Fiscal está, asimismo legitimado para promover la declaración de prodigalidad solo en los casos en los que los legitimados para promover la declaración fuesen personas que no gozan de capacidad procesal con arreglo al art. 8 de la citada norma, y sus representantes legales, que son los que suplen dicha falta de capacidad procesal, no quisieran interponer la correspondiente demanda (art. 757. 5 LEC).

No existe en estos casos, la previsión legal de la facultad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal estos hechos. La restricción en la legitimación es debida al carácter privado de la declaración de prodigalidad que afecta únicamente al entorno de los parientes del presunto prodigo en cuanto acreedores de un derecho de alimentos que está en peligro con la conducta de éste.

III.2.4. LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER LA REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD O MODIFICACIÓN DE SU ALCANCE

Para promover la reintegración de la capacidad o para la modificación de su alcance, estarán legitimadas, además de las personas previstas en el art. 757 LEC; esto es, las que pueden promover el proceso para modificar inicialmente la capacidad de obrar, el Ministerio Fiscal y las personas que estén ejerciendo los cargos tutelares respecto de la persona con la capacidad de obrar modificada (art. 761.2 LEC). En estos procesos y aunque cuando el sujeto que tuviese que solicitar la reintegración de su propia capacidad no la tenga efectivamente para interponer la demanda, está expresamente autorizado por la LEC (art. 761).

III.3. LEGITIMACIÓN PASIVA

La legitimación pasiva corresponde a la persona cuya capacidad se pretende modificar en cualquiera de los procesos previstos anteriormente. Tal y como está

configurado el proceso sobre capacidad de las personas actualmente, el principio de audiencia se encuentra reforzado, puesto que no es posible declarar la rebeldía del demandado. Si no comparece con su propia defensa y representación, le defenderá el Ministerio Fiscal, o en su defecto, un defensor judicial (art. 758 LEC). Está bien que alguien siempre asuma la posición procesal de demandado, pero hay que tener en cuenta que esto no significa siempre que se vaya a respetar la autonomía y preferencias de la persona con discapacidad¹⁵. La defensa por parte del MF no debe ser minimizada en absoluto, en el sentido de poder eliminar la vista preceptiva por la LEC, sino que será necesario que los trámites procesales sigan el mismo curso que si el demandado hubiese comparecido con su propia defensa y representación o a través de un defensor judicial¹⁶

Aunque el promotor del procedimiento sea el Ministerio fiscal, el nombramiento de un defensor judicial no debe excluir la comparecencia del presunto incapaz con su propio abogado cuando esa sea su voluntad, pues en otro caso se vulnera su derecho de defensa y a la asistencia letrada¹⁷.

III.5 FASE DE ALEGACIONES

Los procesos sobre la capacidad de las personas se tramitan, al igual que el resto de procesos no dispositivos, por el cauce del juicio verbal¹⁸. Se inicia con la interposición de una demanda redactada acorde a los requisitos del art. 399 LEC. Dicha demanda deberá contener una o varias pretensiones relacionadas con la capacidad de obrar del sujeto en función de la modificación que de la misma se pretenda. Pero, además, se podrán acumular otras pretensiones relacionadas con la modificación de la capacidad de obrar como puede ser el nombramiento de tutor o curador, la autorización para el internamiento o la autorización para la esterilización.

Respecto a la acumulación de la pretensión de nombramiento de tutor o curador, resulta aconsejable la misma, puesto que si no se pide en la demanda, la sentencia no podrá contener dicho nombramiento y el mismo se tendrá que deferir a un expediente de jurisdicción voluntaria, lo que ralentizará la efectiva materialización de la modificación de la capacidad de obrar.

Respecto a la acumulación de la solicitud de internamiento, ésta se puede solicitar como medida cautelar al amparo del art. 762 LEC, que prevé la adopción de medidas cautelares, de oficio o a instancia de parte, de las medidas necesarias para la protección

¹⁵ CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid, 2007, pág. 120.

¹⁶ Vid. en este sentido STC 31/2017 de 27 de febrero (TOL 6.026.510).

¹⁷ STC 7/2011 de 14 de febrero (TOL 2.054.040). En el mismo sentido, vid. STS 597/2017, de 8 de noviembre (TOL 6.427.812).

¹⁸ Vistas las necesidades del proceso para recabar los apoyos de una persona con discapacidad cognitiva, nos aventuramos a defender la habilitación otra vía procesal que de cabida a esas necesidades procedimentales. Y esa vía procesal no es otra que la jurisdicción voluntaria, debate que, en su momento se puso encima de la mesa, pero que parece, por el momento, que ha sido abandonado por el legislador. La doctrina, no obstante, viene reclamando esta solución mas acorde con la realidad. CALAZA LÓPEZ, “Una nueva jurisdicción voluntaria de personas y de familia”, en *Práctica de Tribunales*, nº 116, Septiembre-Octubre 2015, Editorial La Ley, pág. 16 Y BANACLOCHE PALAO. “Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria”, en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*. Madrid, 2016.,pág. 269.

de la persona, o puede ser solicitada como medida definitiva en la sentencia que determine la modificación de la capacidad de obrar.

Por último, también puede acumularse a la pretensión de la modificación de la capacidad de obrar, la solicitud de autorización para la esterilización. El legislador se planteó eliminar de forma general la autorización judicial de esterilización, penando cualquier esterilización forzosa, pero el debate social que se generó le obligó, en cierta manera, a dejar la previsión en el CP, aunque con modificaciones sustanciales. Así, el artículo 156 CP¹⁹ fue modificado por la *LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Dichas modificaciones se concretan en los siguientes extremos: en primer lugar, se deslinda entre procedimiento judicial de incapacitación y autorización judicial de esterilización. Con la legislación anterior, la autorización judicial de incapacitación debía realizarse junto con el proceso de incapacitación o con posterioridad a éste, pero siempre cumpliendo el presupuesto de que la persona debía estar incapacitada judicialmente.

El nuevo art. 156 CP no establece ese presupuesto, por lo que no es necesaria la previa incapacitación para solicitar y obtener la autorización judicial de esterilización; en segundo lugar, el nuevo precepto condiciona la solicitud y obtención de la autorización para la esterilización a que la persona que no pueda prestar su consentimiento de forma permanente. Son dos las diferencias respecto de la legislación anterior; por una parte, se exige que la imposibilidad de prestar el consentimiento sea permanente, algo difícil de prever por la propia etiología del trastorno que puede llevar aparejado la incapacidad para prestar el consentimiento, aunque excluye las situaciones transitorias de enajenación; y por otra parte, no hay referencia a la necesidad de que la persona adolezca de un grave trastorno psíquico, y simplemente se condiciona la autorización a esa incapacidad para prestar el consentimiento de forma permanente²⁰; en tercer lugar, se añade, la exigencia de que se trate de supuestos excepcionales en los que exista grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. Está haciendo la norma referencia, entendemos, al derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo, entre los que se encuentra el derecho a la sexualidad.

Con respecto al cauce procesal través del cual se debe solicitar la autorización judicial de esterilización, es la Disposición Adicional 1ª de la LO 1/2015 de reforma del CP²¹ la que establece las pautas procesales, señalando que la misma deberá ser autorizada

¹⁹ El precepto establece lo siguiente: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.*

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”

²⁰ Vid al respecto GARCÍA ALVAREZ, P. “Evolución penal de la admisibilidad de la esterilización de los incapaces y su reforma en el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificará la lo 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, en *RECPC 16-13 (2014)*, pág. 29.

²¹ *Disposición adicional primera. Autorización judicial de esterilización*

por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a diferencia de la legislación anterior que permitía la autorización a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Por otro lado, ese proceso contradictorio al que hace referencia la Disposición Adicional 1ª no está previsto en la legislación procesal civil, por lo que ahora nos encontramos con una laguna a la hora de canalizar la autorización para la esterilización. La propia Exposición de Motivos de la reforma, que no tiene carácter normativo, parece dar a entender que se tienen que reformar los procedimientos de modificación de la capacidad y añadir uno nuevo contradictorio para la autorización de esterilización y hasta entonces, se seguirá regulando por lo anterior; esto es a través de procedimiento de jurisdicción voluntaria o en el propio proceso de modificación de la capacidad.

A diferencia de la acumulación objetiva de pretensiones, la acumulación subjetivo-objetiva encuentra algún obstáculo para que pueda ser tramitada, por ejemplo, la posibilidad de acumular dos pretensiones de modificación de capacidad de obrar frente a dos personas diferentes en un mismo procedimiento. Aunque el art. 72 LEC que regula los requisitos para la acumulación de acciones establece que se podrán acumular siempre que exista un nexo en la causa de pedir, entendiéndose que la causa de pedir es idéntica cuando las acciones se funden en los mismos hechos, parece ciertamente forzado, en atención a este requisito, hablar de identidad o conexión entre ellas por el mero hecho de que los dos demandados padezcan una misma patología o tengan vínculos familiares. De ahí que no esté demasiado claro, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la posibilidad de acumular varias pretensiones de modificación de la capacidad de obrar frente a varios sujetos²².

Una vez interpuesta y admitida la demanda, se dará traslado de ella y se emplazará al demandado²³ y, tal y como establece el art. 753 LEC, al Ministerio Fiscal, si no ha sido éste el promotor del procedimiento y a los que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados. En este sentido, entienden algunos autores que debieran ser emplazados en estos procesos todas las personas que puedan estar legitimadas activamente para que puedan coadyuvar la defensa de la modificación de la capacidad de obrar²⁴. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, entendemos que el precepto hace referencia únicamente a las personas que, con arreglo a la ley, debieran ser parte *demandada* en el procedimiento. De esta manera, como parte pasiva en los procesos sobre la capacidad de las personas debe estar o bien el Ministerio Fiscal, si el promotor del proceso es la propia persona que solicita la modificación de su capacidad de obrar, o

La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

²² Vid. por todos, LAFUENTE TORRALBA, A. «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial», *REDUR* 10, diciembre 2012, pág. 137.

²³ Notese que la LEC evita hablar de demandante y demandados en estos procesos por las connotaciones de confrontación que ostentan estos términos y que no siempre existe en los procesos sobre capacidad de las personas.

²⁴ CALAZA LÓPEZ, S. *Los procesos sobre capacidad de las personas*, cit., págs. 164 y 165.

dicha persona si la modificación ha sido instada por el Ministerio Fiscal o cualquiera de los legitimados activamente.

La contestación de la demanda se hará en los mismos términos que la contestación a la demanda de cualquier juicio verbal, sin que tenga eficacia alguna el allanamiento que pudiera contener la misma (art. 751 LEC).

III.6 PRÁCTICA DE LA PRUEBA

La práctica de la prueba, que reviste especialidades en estos procesos, tendrá lugar en la vista del juicio verbal al que se remite el art. 753 LEC para la tramitación de estos procesos.

La inasistencia a la vista de la parte demandante determinará el desistimiento del proceso, con las particularidades que para el desistimiento prevé el art. 751 LEC; esto es, que la eficacia del mismo requiere la conformidad del Ministerio Fiscal. La inasistencia de la parte demandada, entiéndase, de su abogado y procurador, determinará que la vista se celebrará sin ella, ya que la LEC no establece ninguna especialidad al respecto.

Además de la prueba que se pueda solicitar y practicar de acuerdo a lo previsto en el art. 742 LEC, existen pruebas preceptivas para practicar en cada uno de los procesos; a saber, audiencia de los parientes más próximos, el reconocimiento judicial del demandado y el dictamen pericial médico.

Debe tenerse en cuenta que la finalidad de la prueba no es únicamente la constatación efectiva de una enfermedad psíquica que impide a la persona ejercer en su máxima extensión su capacidad jurídica, sino que la práctica de la prueba va dirigida a calibrar cuáles son los apoyos que necesita esa persona para el ejercicio de la misma²⁵.

-Respecto de la **audiencia de los parientes más próximos**, no especifica la LEC quienes ni como de próximo ha de ser su parentesco, pero debe entenderse que debe abarcar a aquellos parientes que puedan tener o haber tenido algún contacto con la persona cuya capacidad se pretende modificar. Sí especifica que sean los parientes, con lo que parece excluir a amigos, empleados de hogar o similares, cuya información podría ser relevante aportar a efectos de la declaración de la modificación de la capacidad de obrar. Aunque abogemos por una interpretación flexible del termino parientes, sí es preciso una reforma en este sentido.

-Respecto al **examen del presunto incapaz**, se trata de un reconocimiento judicial que favorece la protección del superior interés de la persona con discapacidad como propugna la propia CDPD, de manera que el juez deberá oír a la persona, no solo para

²⁵ “Se trata de lo que la sala ha calificado de un traje o trajes a medida y «ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del incapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones” STS 124/2018 de 7 marzo (TOL 6.538.335)

apreciar sus limitaciones con respecto al ejercicio de su capacidad jurídica, sino también para saber sus preferencias en torno al ejercicio de su capacidad modificada, por ejemplo, quien debe ser su tutor o curador.

-Respecto del **dictamen médico pericial**, comoquiera que estos procesos tienen por objeto la evaluación de un trastorno psíquico que afecta a la capacidad de obrar de un sujeto, se torna como una prueba esencial e imprescindible en los mismos. El dictamen pericial será requerido al médico forense como colaborador habitual de la administración de justicia, aunque, no obstante, las partes podrán aportar sus propios dictámenes emitidos por facultativos.

III.7. EFECTOS DE LA SENTENCIA Y RECURSOS QUE CABEN FRENTE A ELLA.

De acuerdo al art. 760 LEC, la sentencia que declare la modificación de la capacidad de obrar determinará la extensión de dicha modificación, así como el régimen de tutela o guarda al que deba quedar sometida la persona. Se trata de una sentencia constitutiva, ya que modifica una situación anterior –la plena capacidad de obrar– que de otra manera no podría modificarse²⁶.

La sentencia tiene efectos *ex nunc*, esto es, desde el mismo momento en que se dicta; más concretamente, desde el momento en que accede al Registro Civil ya que es característico de estas sentencias su acceso al Registro (art. 754 LEC).

Como tal sentencia constitutiva y con acceso a un Registro tiene eficacia *erga omnes*, y alcanza la eficacia de cosa juzgada una vez que alcance firmeza. En este sentido, la sentencia dictada en los procesos sobre capacidad de las personas es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente, de acuerdo al régimen general de la apelación, aunque debemos tener en cuenta varias especialidades:

a) La apelación será decidida por la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial que esté especializada en materia de capacidad de las personas

b) Se debe tener en cuenta que son de aplicación las disposiciones generales de los procesos no dispositivos, también en el curso de la sustanciación de la apelación.

c) se ordenarán de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas realizadas en la primera, con independencia de si previsiblemente, la sentencia de apelación confirme o no la de primera instancia²⁷.

IV. EL INTERNAMIENTO FORZOSO POR TRASTORNO PSÍQUICO. EL PROCESO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 763 DE LA LEC.

El internamiento involuntario de una persona aquejada de un trastorno psíquico como limitación del derecho fundamental a la libertad deambulatoria regulado en el art. 17 de la CE está sometido, en nuestro ordenamiento, a varios presupuestos: existencia de

²⁶ Art. 200 CC:

²⁷ STS 610/2005 de 15 julio (TOL 674.287)

un trastorno psíquico²⁸, ausencia de consentimiento, conveniencia del internamiento en un centro adecuado²⁹ y autorización judicial expresa. Esta autorización judicial expresa deberá ser canalizada a través de un proceso contradictorio regulado en el art. 763 LEC. El citado precepto contempla dos tipos diferenciados de internamiento en función del momento temporal de concesión de la autorización:

-internamiento ordinario, que se da en los supuestos en los que la medida de internamiento no supone urgencia alguna, por lo que para proceder a la misma habrá de estar a lo acordado por el juez en la resolución judicial que dicte tras haber realizado las actuaciones necesarias para recabar la información sobre el supuesto padecimiento.

-internamiento urgente, que se lleva a cabo sin la previa autorización judicial, cuando existan razones de urgencia que hagan aconsejable a criterio médico su realización y que, por el peligro que en ese momento pueda presentar el enfermo, no se puede esperar a la resolución judicial que acuerde la medida de internamiento. El control judicial se realizará una vez se haya producido el internamiento, debiendo el responsable del centro dar cuenta al Juzgado de Primera Instancia correspondiente inmediatamente en el plazo máximo de 24 horas. El proceso para la legitimación del internamiento urgente consta, pues, de dos fases: una *fase extrajudicial* ante el director del centro en el cual se interna, y una *fase judicial*, destinada a ratificar la medida o a revocarla. El internamiento urgente suele ser el más habitual en la práctica puesto que las situaciones de urgencia suelen ser frecuentes en casos de trastornos psíquicos, en los que no puede esperarse a la resolución judicial de autorización -máxime si añadimos el factor extra de la lentitud en la tramitación de los procedimientos judiciales- para proceder al internamiento, puesto

²⁸ El TEDH ha dado las pautas para interpretar que debe entenderse por trastorno psíquico que requiera internamiento²⁸: en primer lugar, debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; en segundo lugar, que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y en tercer lugar, que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo. (SSTEDH asuntos *Wassink c. Holanda*, de 27 de septiembre de 1990, *Benham c. Reino Unido*, 10 junio 1996, *S. c. Estonia*, de 4 octubre y *Winterwerp c. Holanda*, de 24 de octubre 1979).

Tal y como establece la STC 141/2012 de julio (TOL 2.604.674) “...el significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad...”. No obstante, de la propia jurisprudencia se desprende que el concepto de trastorno psíquico, además, debe entenderse en sentido amplio, pues no solo hace referencia a enfermedades mentales catalogadas como tales, sino que puede englobar trastornos cognitivos derivados de la edad o adicciones, puesto que, en definitiva, ambas situaciones derivan en un trastorno psíquico que puede requerir del internamiento para su tratamiento terapéutico.

²⁹ El centro adecuado puede ser un centro especializado en enfermedades psíquicas o un centro geriátrico, tal y como ha establecido el TC en su sentencia 132/2016, de 18 de julio (TOL 5.863.817):

“Conforme a esta premisa no hay razón alguna por la que deba prescindirse de este control judicial cuando el ingreso se lleva a cabo en centros sociosanitarios o geriátricos, ante la imposibilidad de que la persona ingresada pueda cubrir fuera del entorno residencial sus necesidades más elementales, a consecuencia del deterioro cognitivo que padece. Lo verdaderamente relevante, a efectos de exigir el control judicial, no es el tipo de centro o unidad en donde tiene lugar el ingreso, ni su finalidad (curativa, terapéutica o asistencial), ni siquiera su vocación temporal o permanente, sino la clase de trastorno psíquico que sufre la persona; que la misma no se encuentre en condiciones de decidir por sí misma, como dispone expresamente el citado art. 763 LEC, que habla de «centro», sin ningún calificativo más: no lo restringe, por tanto, a los centros o unidades psiquiátricas”.

que podría provocarse una situación prejudicial para el enfermo o quienes le rodean. En los casos de internamiento urgente con posterior ratificación judicial, se ha de ser especialmente escrupuloso con el cumplimiento de las garantías constitucionales³⁰.

Al constituir el internamiento no voluntario un claro supuesto de privación de libertad, es necesario que el proceso para recabar la autorización judicial que legitime el mismo sea un proceso que cumpla con las garantías consagradas en el artículo 17, por un lado, y por otro que se respeten las garantías del debido proceso contenidas en el art. 24.2 CE.

IV.1. COMPETENCIA Y LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO DE INTERNAMIENTO

La dicción literal del art. 763 distingue la competencia en los dos tipos de procedimiento que regula

-internamiento ordinario: Juez del lugar de residencia de la persona afectada por el posible internamiento

-internamiento urgente: el Juez competente para ratificar el internamiento urgente decidido por el profesional sanitario, será aquel que corresponda al lugar en el que radique el centro de salud en el cual ha sido internada la persona, que es el lugar donde actualmente reside.

En ambos supuestos, son aplicables las matizaciones expuestas en materia de competencia para los procesos sobre capacidad de las personas.

En cuanto a la legitimación activa en los internamientos ordinarios, existe una laguna legal en nuestra legislación procesal respecto de quienes son las personas que ostentan legitimidad para interponer la solicitud de internamiento. No dice la norma quien está legitimado para recabar la solicitud de internamiento, principalmente para el caso del

³⁰ La STC 141/2012, de 2 de julio (TOL 2.604.674) ha establecido las cuatro exigencias básicas de la fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada, derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad, cuales son:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar *ab initio* la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.2 CE para la detención.

c) Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que *“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 proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida”*.

d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del juez.

internamiento ordinario, porque para el internamiento urgente, únicamente está legitimado el director del centro en el que esté el enfermo.

Para colmar la laguna legal, podemos hacer dos interpretaciones diferentes: o aplicamos analógicamente el artículo 757 LEC, que se refiere a la legitimación en los procesos de incapacidad o no aplicamos analógicamente dicho precepto, en cuyo caso entenderemos que no hay restricción en la legitimación, por lo que cualquier persona con interés legítimo puede solicitar la autorización.

Si nos decantamos por la primera interpretación, estarían legitimados: 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 el Ministerio Fiscal que ha de velar siempre por los intereses de las personas con discapacidad (arts. 757.2, 749 y 758). Resultaría cuestionable la posibilidad de atribuir legitimación activa al juez para instar el proceso de autorización, puesto que el 757 no lo establece expresamente, pero debe desprenderse esa posibilidad de lo establecido en el art. 762 LEC, en cuanto permite al juez la adopción de oficio de las medidas necesarias para la protección de la persona y de su patrimonio, entre las que se encuentra la posibilidad de ser internado.

Sin constituir estrictamente un supuesto de legitimación, el artículo 757.3 LEC regula la facultad de denunciar que puede poner en marcha el proceso de internamiento. En virtud de este artículo, cualquier persona que se vea afectada por la conducta del enfermo, deberá acudir al Ministerio Fiscal, quien, a través de las correspondientes diligencias y tras comprobar que la solicitud consta de fundamento, promoverá el internamiento.

Si nos decantamos por la segunda de las interpretaciones, resultarían legitimadas todas esas personas a las que se refiere el art. 757. 3 de la LEC. Es lo que se viene haciendo en la práctica forense.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, ésta corresponde a la persona afectada por la medida de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, debiendo recordar aquí los presupuestos necesarios para que el internamiento sea legítimo y que inciden directamente en el sujeto pasivo de la medida: esto es, persona física con trastorno psíquico en el sentido que le hemos dado, y con ausencia de capacidad para el consentimiento.

IV.2. PROCEDIMIENTO PARA RECABAR AUTORIZACIÓN DE INTERNAMIENTO

El procedimiento previsto en el art. 763 LEC es un procedimiento flexible, siempre y cuando se respeten las garantías constitucionales procesales a las que hemos hecho referencia en epígrafes anteriores. A pesar de que el art. 753 LEC establece que, ante la ausencia de disposiciones expresas, los procesos de esta naturaleza se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, el art. 763 sí establece los trámites necesarios -pocos y flexibles-, por lo que no es necesario acudir a la tramitación del juicio verbal.

El TC ha tenido oportunidad de establecer una doctrina sobre las garantías constitucionales más delicadas en ese procedimiento³¹. Esencialmente ha establecido que los internamientos, para considerarse legítimos, tienen que respetar una serie de requisitos básicos, tanto en el procedimiento ordinario como en el urgente y tanto en la fase previa a la intervención judicial como en la propia fase de control judicial, so pena de ser reputados como ilegales; que los plazos fijados en las normas deben cumplirse de forma inexorable, señalando el momento inicial y el momento final; que no puede mantenerse confinada a una persona en un centro de internamiento si su trastorno psíquico ha remitido o aminorado; que es responsabilidad ineludible de los responsables sanitarios del centro de ingreso su comunicación en plazo a la autoridad judicial competente; que todo internamiento debe estar justificado médicamente mediante un informe adecuado y completo que sirva de soporte objetivo; que los órganos judiciales deben examinar esos informes de forma crítica; y, en fin, que no es posible proceder a una suerte de «regularización» de internamientos que se han producido o mantenido al margen de lo establecido por las normas. Asimismo, establece el derecho a la asistencia letrada de la persona afectada por la medida de internamiento. En este sentido, la Circular 2/2017 de la FGE, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, realiza un análisis de esta última jurisprudencia constitucional en la materia.

IV.2.1. SOLICITUD DE LA MEDIDA

No establece el art. 763 LEC requisito alguno para iniciar este procedimiento, por lo que únicamente será necesaria una solicitud de autorización para internamiento, sin necesidad de formular demanda.

En cuanto a la asistencia letrada del solicitante -a la de la persona afectada nos hemos referido anteriormente-, ante el silencio del art. 763 LEC, debemos aplicar las reglas generales previstas para los procesos especiales no dispositivos, reguladas en el art. 750 LEC, que exigen la representación y defensa de abogado y procurador para las partes en todos los procesos de esta naturaleza, sin excepción alguna. Sin embargo, no es ésta una postura unánime. Mientras el TC en su jurisprudencia más reciente sobre las garantías procesales a respetar en el proceso de internamiento entiende que la persona afectada por el internamiento tiene derecho a la asistencia letrada, ese derecho no se configura como preceptivo, sino que se entiende como garantía procesal la información sobre su derecho a gozar de asistencia letrada, sin que en ningún momento pueda ser privado de dicho derecho, si así lo solicita. Sin embargo, no entiende el TC que la asistencia letrada sea preceptiva en este tipo de procedimientos³²

³¹ SSTC 112/1988, de 8 de junio (TOL 79.961), 131/2010, de 2 de diciembre (TOL 2.007.363), 132/2010, de 2 de diciembre (TOL 2.007.387), 141/2012, de 2 de julio (TOL 2.604.674), 182/2015, de 7 de septiembre (TOL 5.523.770), 13/2016, de 1 de febrero (TOL 5.665.873), 22/2016, de 15 de febrero (6.436.791), 34/2016, de 29 de febrero (TOL5.692.306), 50/2016, de 14 de marzo (TOL 5.709.963) y 132/2016, de 18 de julio (TOL5.863.817).

³² Así lo entiende la Circular FGE 2/2016, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, estableciendo, en consonancia con doctrina del TC que el art. 17.3 CE, que “garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”, halla su preferente razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente

Una vez se resuelva sobre la admisión a trámite de la solicitud de internamiento, la resolución ha de notificarse en todo caso a la persona cuyo ingreso se pretende mediante la correspondiente cédula de notificación, en la que se le informará de la posibilidad de solicitar la audiencia de cualquier persona que estime conveniente, así como de la posibilidad de comparecer asistido de letrado y representado por procurador. Igualmente, una vez que se haya resuelto sobre la admisión a trámite de la solicitud, es necesario que se informe de la mejor forma posible al afectado, atendiendo a la posible falta de entendimiento que pueda presentar, y ello en virtud del derecho de información que le asiste. Asimismo, el juez ha de dar traslado al Ministerio Fiscal aun cuando no ostente la condición de parte que le otorga el artículo 749.2º LEC, y ello en virtud del artículo 763.3º LEC, que establece la necesidad de que el juez oiga al Ministerio Fiscal antes de resolver sobre la autorización o ratificación del internamiento.

IV.2.2. PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERTINENTE

Tras la interposición de la solicitud, el juez 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. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el juez deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

De la literalidad del apartado 3 del artículo 763 LEC, extraemos que existen una serie de pruebas que tienen carácter imperativo y que, por tanto, han de practicarse necesariamente de oficio por el Juez antes de decidir sobre el fondo del asunto:

-Examen y audiencia de la persona afectada por la medida de internamiento.

El Juez, antes de proceder a autorizar o a ratificar el internamiento, ha de oír y examinar a la persona presuntamente aquejada por el trastorno psíquico. Dicha audiencia y examen ha de ser realizada directamente por el juez competente para conocer del asunto, sin que en ninguna ocasión pueda sustituirse este trámite por el examen del informe médico, y ello por ser fundamental para preservar el principio de contradicción. Con ello se permitirá, no solo la posibilidad de analizar el presunto trastorno psíquico, sino que, además, se permitirá conocer la postura de la persona acerca de esta medida, quien, ante la ausencia en el procedimiento de un trámite específico para oponerse a la solicitud de autorización, podrá hacerlo en este momento.

Aunque la audiencia a la persona afectada tendrá lugar, con carácter general en el propio Juzgado, el juez puede disponer que ese realice en la residencia de la persona afectada, teniendo en cuenta las condiciones y las circunstancias de la misma.

-Audiencia del Ministerio Fiscal

En aquellos supuestos en los que el Ministerio Fiscal no promueva el internamiento, será preceptiva su intervención con carácter previo al dictado de la resolución. El Ministerio Fiscal deberá llevar a cabo un control sobre los internamientos,

que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (STC 341/1993, de 18 de noviembre. TOL82.362).

en garantía de defender los derechos del enfermo mental, evitando que se produzcan o se prologuen internamientos de forma ilegal. Para ello, en virtud del artículo 4.2 del EOMF, podrá visitar en cualquier momento las dependencias de los centros de salud, penitenciarios o de internamiento, examinar los expedientes de los internos, así como recabar la información que estimen por conveniente, para posteriormente informar debidamente al juez sobre la conveniencia o no del internamiento.

-Dictamen de un facultativo

La LEC establece en su artículo 763 que antes de conceder la autorización o ratificación del internamiento el juez deberá oír el dictamen de un facultativo, siendo este trámite obligatorio en todo caso. El precepto faculta al juez para designar libremente al facultativo que ha de elaborar dicho dictamen, siendo necesario que rijan la imparcialidad, neutralidad y objetividad en el contenido del mismo, por lo que no es conveniente que se acuda a un médico adscrito al centro donde pretende internarse al presunto enfermo o en el que ya se encuentre ingresado.

-Audiencia de otras personas

El Juez decidirá asimismo sobre la pertinencia de practicar la audiencia de otra persona que haya sido solicitada por el afectado por la medida de internamiento u otras personas que él mismo pueda considerar de oficio pertinentes.

Aunque la LEC no lo establezca, la resolución del Juez autorizando o no autorizando el internamiento deberá adoptar la forma de auto en el que el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la necesidad o no de internamiento de la persona, así como otras medidas restrictivas de derechos que pudieran incidir en la esfera personal del afectado.

La decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación, del que conocerá la Audiencia Provincial correspondiente, que también puede tener secciones especializadas en esta materia.

Respetando, una vez más, las reglas generales en este tipo de procesos, a tenor del art. 759.3 LEC deberán practicarse en la segunda instancia todas las pruebas legalmente exigidas para la primera.

Al constituir el auto de internamiento una excepción al derecho fundamental recogido en el artículo 17 CE, establece la doctrina jurisprudencial³³ que, cuando conste la curación del enfermo, ha de producirse obligatoriamente la extinción del internamiento en aras al respeto al derecho a la libertad consagrado en la CE. Para evitar dicho prolongamiento ilegal e innecesario, se hace necesario llevar a cabo una constante vigilancia y control judicial del internamiento para que el Juez tenga de nuevo el convencimiento de que persisten todos los elementos que trajeron su causa. Para ello se establecerá, en el auto que acuerde o ratifique la medida, la obligación de los facultativos de informar cada 6 meses al Tribunal sobre la necesidad de su mantenimiento, plazo que podrá ser inferior si así se ha hecho constar en la resolución en atención a las circunstancias del caso.

³³ STC 112/88 de 8 de junio (TOL 79.961).