



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Consultas

DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta 2/1993, de 15 de octubre, sobre el artículo 211 del Código Civil.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículo 211 del Código Civil.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

Artículo derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

STS 282/2009, de 29 de abril: La interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. La incapacitación no altera la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí afecta a su ejercicio y se justifica por su finalidad protectora de la persona, en el mismo sentido que la consulta.

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

- Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.
- Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces.
- Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.
- Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

El art. 211 ha sido derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y su regulación sustituida por la contenida en el art. 763 LEC, cuyo primer número ha sido declarado parcialmente inconstitucional por STC 132/2010, de 2 de diciembre, por requerir Ley Orgánica. No obstante, la línea de la consulta sigue vigente.

FICHA ELABORADA POR: Fiscalía del Tribunal Supremo. Civil

TEXTO DE LA CONSULTA ANALIZADA

Consulta 2/1993, de 15 de octubre, sobre el artículo 211 del Código Civil.

I

La síntesis, sistematizada, del hecho sometido a Consulta, es la siguiente:

Ante un Juzgado de Primera Instancia se ha iniciado la tramitación de dos expedientes civiles para el internamiento de presuntos incapaces, al amparo del artículo 211 del Código Civil. En uno de ellos se trata de un menor de edad, deficiente mental profundo (síndrome de Down) no declarado incapaz y que actualmente vive con sus padres. En el otro, de un mayor de edad, con enfermedad de las mismas características y en análoga situación jurídica y familiar.

En ambos supuestos la solicitud de internamiento procede de los padres respectivos, quienes se dirigen al Juzgado por medio de la directora de una Residencia de minusválidos del Instituto Valenciano de Servicios Sociales dependiente de la Generalitat Valenciana. Tal Residencia, lugar de los internamientos interesados, tiene como función «ofrecer un servicio de atención básico, sanitario y psicopedagógico a deficientes gravemente afectados y adultos». Los internados estarían en la Residencia de lunes a viernes, y todos los fines de semana y los periodos vacacionales fuera de ella, concretamente en el domicilio de los padres.

El Juez de Primera Instancia ha solicitado dictamen al Ministerio Fiscal para que informe sobre si a los supuestos referidos es de aplicación el artículo 211 del Código Civil, y, en particular, si resulta indispensable la autorización judicial para los internamientos. El Juez, adelantando su punto de vista, entiende que no es preceptiva la autorización dado el contenido de la patria potestad, y, sobre todo, porque el internamiento instado no sería permanente.

3. El Fiscal que formula la Consulta, tras indicar que surgen dudas sobre el alcance del internamiento aludido en los artículos 211 y 271 del Código Civil, sostiene la siguiente tesis:

Si internamiento es estar fuera del seno familiar en cualquier caso y supuesto, resulta claro que para los que nos ocupan será precisa autorización judicial. Pero si, al contrario, internamiento es permanencia indefinida (por no ser previsible su duración) en un Centro y sin contacto y control familiar, resulta claro también que no se da el internamiento en los supuestos de la Consulta, ya que el internamiento o asistencia al Centro está determinado semanalmente excluyéndose los periodos vacacionales, los padres residen en lugares muy cercanos y el fin asistencial de la Residencia es la atención y no el encierro o internamiento. Esta Residencia, en efecto, no priva

de libertad, sino que, al contrario, procura el desarrollo integral de los minusválidos y es una gestión desempeñada por un organismo público. Entender que queda afectada la libertad del minusválido en los supuestos de hecho es una ficción, pues lo que se pretende es atenderlos adecuadamente y procurar su desarrollo integral, y esa es su plena libertad, la global, la del desarrollo de su personalidad, y no tan solo una parte de ella que es la ambulatoria.

Otra cosa distinta es que deba quedar fijada claramente la situación jurídica del presunto incapaz al efecto de si pudiera influir en el extremo que nos ocupa; y así, cuando se trate de un menor de edad, solo cabrá establecer su incapacidad conforme al artículo 205 del Código Civil, y si es mayor la incapacidad se fijará a petición del legitimado o del Ministerio Fiscal, con el resultado de la prórroga de la patria potestad (art. 171 del CC) o de la tutela o curatela (arts. 222, 287 y concordantes del CC). Y proponiendo una solución a la Consulta concluye del siguiente modo:

- La asistencia a la Residencia en cuestión en las condiciones expuestas no es un internamiento a los efectos del artículo 211 del Código Civil.
- Si con una situación de hecho de las referidas resulta que asiste a tal Residencia un mayor de edad no incapacitado, debiendo serlo, procederá solicitar su incapacitación para establecer la patria potestad prorrogada o la tutela o curatela, pero no es necesaria la autorización judicial para estar en tal Residencia entre tanto por actuar el padre o madre como guardador de hecho, que es paso previo a la patria potestad prorrogada (arts. 303, 304 y 171 del CC).

II

El criterio expresado por el Juez de Primera Instancia, contrario a la necesidad de autorización judicial, parece que se apoya en dos razones. Una es que los internamientos pretendidos no serían permanentes. Y otra, que el contenido de la patria potestad es impeditiva de la autorización.

De igual modo piensa el Fiscal que eleva Consulta, al afirmar que por internamiento, en el marco del artículo 211 del Código Civil, hay que entender la permanencia indefinida en un Centro sin contacto ni control familiar, cosa que no sucede en los supuestos cuestionados; a ello deberá añadirse que aquella Residencia no tiene como finalidad el encierro o privación de libertad sino la asistencia, procurando el desarrollo integral. Pero agrega seguidamente que aun cuando un internamiento de tales características no se halle condicionado por la autorización judicial, durante su desarrollo debe quedar fijada la situación jurídica de quienes entraron en el Centro como presuntos incapaces, por lo que, en su caso, procederá instar la incapacitación del menor en armonía con el artículo 205 del Código Civil, y la del mayor de edad por los legitimados o por el Ministerio Fiscal, con los resultados de la prórroga de la patria potestad (art. 171 del CC) o de constitución de la tutela o curatela (arts. 222, 2.º y 3.º y 287 del CC). Y finalmente, se insiste en no ser necesaria la autorización judicial para estar en el Centro por actuar los padres como guardadores de hecho, que es paso previo a la patria potestad prorrogada (arts. 303, 304 y 171 del CC).

La síntesis de las opiniones virtualmente coincidentes del Juez de Primera Instancia y del Ministerio Fiscal sería

esta: que el análisis de los hechos extraídos de los procesos de jurisdicción voluntaria en tramitación lleva a concluir que no son hábiles para integrar el concepto de internamiento empleado en el artículo 211 del Código Civil, y que aun admitiendo en ellos la concurrencia de los presupuestos objetivos del internamiento no sería necesaria la autorización judicial, dado que al ser los solicitantes titulares de la patria potestad y de la guarda de hecho, respectivamente, no se trataría de un internamiento forzoso ordinario, único para el que es indispensable la autorización judicial previa.

III

Varias cuestiones deben tratarse para dar solución completa a la Consulta.

1. El primer tema a considerar es el siguiente: Si resultará o no aplicable el artículo 211 del Código Civil a los supuestos que especifica la Consulta, atendidos los datos objetivos del lugar en que van a estar aquellas dos personas y del tiempo de permanencia en el Centro asistencial; o lo que es igual, si las características y formalidades con que va a presentarse el internamiento del caso concreto se corresponden con el internamiento del artículo 211 del Código Civil. En la Consulta se rechaza de forma expresa porque el internamiento proyectado no va a suponer la permanencia indefinida en un Centro sin contacto ni control familiar, y porque en él no se priva de libertad, sino que, al contrario, se procura el desarrollo integral de los minusválidos.

En este punto no es ajustada la tesis a que da acogida la Consulta.

El internamiento de los presuntos incapaces en el artículo 211 del Código Civil se presenta como un concepto indeterminado jurídicamente, por lo que en la interpretación de la norma habremos de acudir a su significado gramatical. Y en este orden, internar equivale a instalar o recluir un enfermo en una clínica, hospital, sanatorio u otro centro *ad hoc*; y, a su vez, recluir significa ingresar a alguien en un sitio en donde esté privado de libertad de movimientos. Así, todo internamiento forzoso —y forzosos son las dos modalidades que se prevén en el art. 211—, cualesquiera sean sus peculiaridades, supone reclusión, en cuanto limita un derecho fundamental de la persona, la libertad, consagrado en el artículo 17 de la Constitución Española; mas ese derecho constitucional a la libertad personal es compatible con los internamientos forzosos de presuntos incapaces para su tratamiento, cuando este no sea posible en régimen ambulatorio o de libertad, siempre que se acomoden en sus presupuestos a las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico.

Hay que adelantar que los internamientos forzosos que contempla el artículo 211 son los motivados por deficiencias persistentes graves —no esporádicas u ocasionales— hábiles para conducir a la incapacitación. Ahora bien, ¿los internamientos abarcados por el artículo 211 han de ser solo los continuados y permanentes, sin intermitencias, con un tratamiento impeditivo de salidas ocasionales o periódicas? ¿O también serán internamientos forzosos típicos aquellos en los que sea previsible la temporalidad o una duración no definida *ab initio*, con tratamiento en un Centro de asistencia compatibles con la recuperación periódica de la libertad? La duración continuada o inicialmente ilimitada o sin interrupciones no es el componente único del artículo 211. Es más amplio. Del último párrafo del artículo 211 se desprende que el internamiento sujeto a autorización judicial no tiene por qué aparecer como definitivo, puesto que el Juez «cuando lo crea pertinente recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento... y acordará lo procedente sobre la continuación o no». Estos

internamientos no tienen límites temporales, pueden terminar no mucho después y aun así es preceptiva la autorización judicial. Como no es característica ineliminable de estos internamientos la privación de libertad ininterrumpida, los internamientos con interrupciones semanales y vacacionales o con salidas del *locus* custodiado están amparados por el artículo 211.

Los internamientos discontinuos se integran en el círculo de la autorización del artículo 211 al no existir en los internamientos situaciones intermedias; se está o no se está internado con intervención judicial, como se está o no privado de la libertad ambulatoria. Debe observarse, además, en apoyo de esta tesis, que la autorización prevenida lo es para el internamiento en abstracto, como acto material y jurídico, es decir, la autorización legitima el internamiento, sin fijar un período mínimo ni uno máximo, pues la duración es algo indeterminado y aleatorio al estar en función del desarrollo de la enfermedad, que en la mayoría de los casos si no es reducible a un *tempus modicum* tampoco impide etapas de libertad, periódicas o no, que pueden ser conciliables e incluso complementarias con finalidades terapéuticas y de aseguramiento.

Asimismo es de destacar que ante la solicitud de internamiento promovida por la representación de presuntos incapaces, el Juez se limita a autorizar el internamiento a fin de que un tratamiento pueda prestarse en régimen de privación de libertad, ya sea absoluto o con algunas intermitencias, pero el Juez no ordena el internamiento en un Centro determinado y con un tratamiento específico que presuponga obligada continuidad, sino que todo ello quedará sujeto al régimen interno del Centro asistencial.

Sobre el lugar en que deba efectuarse el internamiento tampoco aclara nada el artículo 211. Más si se advierte que el precepto comprende a los incapaces presuntos, y que la declaración de incapacidad que pueda subseguir tendrá su única causa en enfermedades o deficiencias persistentes (art. 200 del CC), lugares idóneos para el internamiento serán todos aquellos Centros de régimen cerrado o que no permiten el libre movimiento de los internos, en los que se cumplan medidas asistenciales, sanitarias y educativas tendentes a la rehabilitación, recuperación e integración en la sociedad, de quienes sufren las deficiencias. No otro criterio es el que se extrae del artículo 271.1 del Código Civil cuando, en materia de tutela, establece que el tutor necesita autorización judicial «para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial». E incluso la misma conclusión puede obtenerse del artículo 4.2 del Estatuto, que faculta al Ministerio Fiscal para visitar los Centros de internamiento de cualquier clase.

2. Los sujetos a internamiento en el artículo 211 son únicamente los presuntos incapaces —no los ya incapacitados—, condición que concurre en quienes se hallen afectados de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico impeditivas de que las personas puedan gobernarse por sí mismas (art. 200 del CC). Presuntos incapaces son las personas a internar en los expedientes que motivan la Consulta, porque la enfermedad que padecen es continuada y grave y porque entre los presuntos incapaces a internar se incluyen tanto las personas mayores como las menores de edad. La incapacitación se extiende a los menores —que puede llegar tras el internamiento— cuando lo soliciten los padres o el tutor (art. 205 del CC) y se prevea que la causa determinante persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del CC), en cuyo caso continúa, prorrogada, la patria potestad (art. 171, inciso primero, del CC). Y la incapacitación de los mayores de edad —también proyección posible del incapaz presunto—, de más amplio contenido legitimador (arts. 202 y 203 del

CC), puede también ser excluyente de la tutela y originar en cambio la rehabilitación de la patria potestad (art. 171, inciso segundo, del CC). También en los hechos la petición de internamiento se ha hecho por los legitimados.

3. Se apunta en la tesis del Juez de Primera Instancia que el contenido de la patria potestad hace innecesaria la autorización judicial cuando sean sus titulares quienes promuevan el internamiento, con lo que implícitamente queda planteado el tema de si los internamientos de estos menores, presuntos incapaces, responden a las características de los internamientos forzosos comunes u ordinarios o a las de los internamientos voluntarios, y lo resuelve en el sentido de tratarse de internamientos voluntarios. En la Circular de esta Fiscalía 2/1984, de 8 de junio, se distinguía entre los internamientos forzosos comunes sujetos a autorización judicial, internamientos forzosos urgentes, necesitados de aprobación judicial o autorización *ex post*, e internamientos voluntarios, concluyéndose que en el artículo 211 tienen cabida los internamientos forzosos de todos los presuntos incapaces, condicionada la iniciación de unos (los no urgentes), a la autorización, y la continuación de otros (los urgentes), a la aprobación judicial, y que tal norma no regula los internamientos voluntarios, en los que la sola manifestación de voluntad del interesado es sustitutiva de la autorización judicial siempre que ese consentimiento esté exento de vicios invalidatorios y así persista durante el internamiento, pues en cualquier otro caso se trataría de ingresos aparentemente voluntarios o fraudulentos para cuya subsistencia o continuidad sería precisa autorización judicial.

Hay que entender que la solicitud de internamiento con autorización judicial cuando se trate de menores en patria potestad, es preceptiva para sus titulares, los legitimados para promover la declaración de incapacidad (art. 205 del CC). Si en la ordenación legal de la patria potestad no existe norma que así lo exprese, sí lo declara el artículo 271.1 del Código Civil para la tutela: el tutor precisa autorización judicial para internar al tutelado en establecimientos de salud mental, de educación o formación especial. Y ello a pesar de ser el representante legal del sujeto a tutela (art. 267 del CC) y de que la tutela se ejerce en beneficio del tutelado (art. 216 del CC). Si la tutela es institución paralela en sus funciones a la patria potestad en cuanto sustitutiva de esta, y los ejercientes de la patria potestad función representan también a los menores (art. 154.2 del CC) y actúan en su beneficio (art. 154 del CC), también estos necesitarán autorización judicial para internar a los hijos *in potestate*, debiéndose añadir, además, que el internamiento es una facultad de protección que no forma parte en el Código Civil del contenido normal de la patria potestad. Luego el consentimiento al internamiento de menores de edad presuntos incapaces, expresado por los titulares de la patria potestad, no es válido para convertirle en internamientos voluntarios ajenos a la autorización judicial.

En igual sentido, el Fiscal que consulta —pero con referencia exclusiva al mayor de edad no incapacitado en trances de internamiento— afirma no ser necesaria la autorización judicial, ya que los padres con quienes convive actúan como guardadores de hecho. En definitiva, también para este caso se parte de que el internamiento sería voluntario. Por razones análogas, e incluso más intensas, que las expuestas para rechazar que el internamiento de un menor instado por los ejercientes de la patria potestad sea voluntario, debe sostenerse que el consentimiento expresado por los padres de un mayor presunto incapaz precisa de autorización judicial; y ello es así aun partiendo de un concepto amplio del guardador de hecho que no está

previsto en los artículos 303 y 304 del Código Civil —comprendiendo en él a los que careciendo ya de la potestad legal sobre una persona susceptible de ser incapacitada, estuvieren encargados de su custodia y protección, porque a pesar de que con la declaración de incapacidad subsiguiente del mayor, presunto incapaz, sujeto a guarda, la guarda de hecho pueda convertirse en patria potestad rehabilitada y no en tutela (art. 171 del CC)—, lo contrario viene a decir implícitamente el artículo 303 del Código Civil con su remisión al artículo 228, que exige la constitución de tutela antes de ese momento, la guarda a lo que se aproxima es a la tutela de hecho, y si en la tutela plena, legalmente constituida y perfecta, es necesaria la autorización judicial para el internamiento del tutelado (art. 271.1 del CC), con mayor razón lo será en la tutela simplemente provisoria o de hecho.

En conclusión, el único modo de que un internamiento forzoso, excepción del derecho a la libertad reconocida en el artículo 5.1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se acomode al ordenamiento jurídico interno (art. 211 del CC) consistirá en exigir expresa autorización judicial, que se justificaría en los casos de la Consulta por la perturbación mental real de los sujetos a internar y por la naturaleza del Centro en donde han de permanecer, aunque lo sea de forma discontinua o no permanente. Y si como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 104/1990, de 4 de junio, la regularidad de esos internamientos depende de la existencia de una decisión judicial que lo autoriza, es claro que sin ella podríamos hallarnos ante internamientos indebidos, irregulares o ilegítimos.

