

Preliminar le confiere un especial significado en la labor de exégesis, no advirtiéndose en su contenido un propósito legislativo de tratamiento diferenciado en función del carácter pleno o semipleno de la alteración de la imputabilidad.

CONSULTA NÚMERO 6/1997, DE 15 DE JULIO, SOBRE EL CRITERIO DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS PROCESOS CIVILES DE INCAPACITACIÓN SEGUIDOS CONTRA QUIENES SE HALLAN INTERNOS EN UN ESTABLECIMIENTO PSIQUIÁTRICO-PENITENCIARIO EN CUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD DICTADA EN UN PROCESO PENAL

I

En extenso y razonado informe se eleva Consulta a esta Fiscalía General en relación con las dificultades interpretativas surgidas a la hora de definir el criterio determinante de la competencia territorial, en aquellos casos en que el Ministerio Fiscal solicite la incapacitación de quien, por razón de una previa condena penal, se halla interno en un establecimiento psiquiátrico penitenciario distante de su lugar de domicilio habitual. La discrepancia de criterio entre algunas Fiscalías de distintas Audiencias Provinciales, atribuye al tema cuestionado un interés relevante, máxime cuando la decisión que se adopte en relación con el interrogante inicial tendrá, a buen seguro, repercusiones inmediatas en previsibles casos futuros.

El supuesto de hecho que ha originado la duda se inicia con la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 15 de junio de 1993, en la cual se acordó el internamiento del condenado en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Fontcalent –Alicante–, en aplicación de una medida de seguridad derivada de la apreciación de la eximente completa de enajenación mental en un delito de parricidio. Con fecha 30 de mayo del corriente año de 1996, una tía carnal del condenado –ajena al círculo de legitimados que se menciona en el artículo 202 del Código Civil– solicitó de la Fiscalía la tramitación de la demanda de incapacidad. La Fiscalía cuya sede es coincidente con la localización geográfica del establecimiento psiquiátrico en que el acusado se halla sometido a medida de seguridad, remi-

tió la documentación pertinente a la Fiscalía del domicilio del presunto incapaz, al estimar que era a aquella Fiscalía a la que correspondía la tramitación de la demanda, por imponerlo así el artículo 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en adelante, LEC–, en relación con el artículo 40 del Código Civil –en adelante, CC–, pues en el antecedente de hecho primero de la sentencia condenatoria, dictada en su día por la Audiencia Provincial, se especificaba que el encausado tenía su domicilio en Barcelona. La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rehusó el expediente al estimar que el Juzgado con competencia territorial para el conocimiento de la demanda de incapacitación habría de estar situado en Alicante «... al encontrarse allí ingresado el enfermo, con independencia de dónde estuviera ubicado su domicilio con anterioridad a producirse el internamiento».

Los argumentos mediante los que la Fiscalía consultante persigue avalar su decisión contraria a la promoción de la correspondiente demanda –congruentemente sistematizados en el informe que da fundamento a la Consulta–, son de diverso signo, pudiendo exponerse de acuerdo con un triple esquema sistemático.

En primer lugar, se entiende que el artículo 63 núm. 1 de la LEC («en las demandas sobre estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado»), admite una lectura conforme a la cual no resultaría de aplicación al supuesto de hecho de que se trata. En efecto, razona la Fiscalía consultante que, pese a que el concepto de domicilio no es unívoco, el artículo 40 del CC, proporciona una definición legal, con arreglo a la cual, «... el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este enunciado, cuyo verdadero alcance ha de tomar en consideración la referencia que proporcionan otras nociones, como la de residencia o, incluso, el paradero (p.ej. arts. 181 y 183 CC o 69 LEC), ha sido objeto de un prolijo tratamiento jurisprudencial que, además de acentuar la diferencia entre el concepto jurídico-civil de domicilio y la noción administrativa de residencia, ha oscilado entre la exigencia de un elemento subjetivo caracterizado por la voluntad de permanencia –*animus habitandi o animus manendi*– y la suficiencia de la idea más objetiva de habitualidad, con enraizamiento familiar y económico (SSTS 29.11.1940, 26.5.1944, 8.3.1983, 30.1.1993).

En suma, estima la Fiscalía consultante que, cualquiera que sea la orientación jurisprudencial que quiera destacarse –concepto de domicilio subjetivado por el elemento intencional o concepto de domicilio asociado a la simple idea de enraizamiento–, el espacio conceptual que abarca la noción de *domicilio*, tal y como lo describe el artículo 40 del

CC, no puede ser aplicable a un establecimiento psiquiátrico penitenciario como el que actualmente acoge al condenado. La razón que respaldaría esta ausencia de identificación entre una y otra realidad, vendría impuesta por el significado mismo de la estancia de aquél en el citado establecimiento. En él no se dan las notas de intencionalidad en la permanencia, ni –de aceptarse la propuesta objetivadora– la nota de enraizamiento. La situación en aquel establecimiento no es habitual, sino extraordinaria, además, ha sido impuesta coactivamente en aplicación de las normas penales excepcionantes de la regla general de elección de la residencia del artículo 19 CE y, en todo caso, es contingente, pues su permanencia, el cese de la medida o la reubicación del interno en otro centro, dependerá de la decisión del Tribunal sentenciador (art. 97 CP). Se trata, en fin, de una medida limitada en el tiempo y, por consiguiente, sin la más mínima posibilidad de fijación permanente de la estancia (art. 101 y disposición transitoria décima del CP).

A estas consideraciones habría que añadir el argumento que proporciona –desde la tesis que se defiende– la configuración normativa de los establecimientos psiquiátricos como centros de aplicación y cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad. Así, tales establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias no son sino unidades arquitectónicas, con entidad administrativa o funcional y con organización propia (arts. 10 y 183 del Reglamento Penitenciario). El ingreso en una de aquellas unidades viene impuesto por tratarse de un detenido o preso con patología psiquiátrica al objeto de su observación, para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento impuesta en sentencia o respecto de penados en que concurre enfermedad mental sobrevenida a los que el Tribunal sentenciador haya impuesto tal medida (art. 184 Reglamento Penitenciario). Basta una simple aproximación a tales principios informadores para concluir que nada de ello invita a reivindicar los conceptos jurídico-civiles de domicilio o residencia para calificar la estancia en alguna de aquellas unidades psiquiátricas.

No debe olvidarse –continúa el razonamiento de la Fiscalía consultante– que la actividad penitenciaria se orienta hacia el favorecimiento de vínculos sociales, de colaboración, de participación (art. 3 Reglamento Penitenciario), reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento y procurando que «... la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias correspondientes» (art. 191.2 Reglamento Penitenciario). De ahí que la estancia en alguno de aquellos establecimientos de funcionali-

dad tan significada, no aspire a sustituir los verdaderos lazos familiares asociados al genuino y verdadero domicilio.

En segundo lugar, estima la Fiscalía consultante que, salvo los supuestos de urgencia —como los acaecidos a raíz de la entrada en vigor del nuevo Código Penal—, en los que la prevención de tales situaciones exigía una actuación decidida por la Fiscalía con sede en el ámbito geográfico del establecimiento psiquiátrico, no existen razones insubsanables que impidan la atribución competencial a los juzgados del verdadero domicilio del incapaz.

Incluso, podría resultar contrario a la naturaleza misma del internamiento la fijación anticipada de su procedencia cuando todavía se halla pendiente el cumplimiento de una medida de seguridad en el establecimiento psiquiátrico penitenciario. El internamiento, se razona, no es una medida de seguridad que, conforme al artículo 6 del CP se fundamente en la peligrosidad, sino que se trata de una indicación terapéutica cuya valoración no puede realizarse *a priori*, al margen de las razones y necesidades sanitarias del momento concreto en que aquél pueda llegar a tener operatividad. Se está hablando, en fin, de enfermos afectados de trastornos psíquicos respecto de los cuales el Juez no *ordena*, sino que se limita a autorizar el internamiento, con obligación de recabar información sobre la necesidad de su continuación, pues éste ha de cesar cuando desaparezca la necesidad terapéutica.

La necesidad del examen por el Juez y el Forense en el domicilio del enfermo, cuando éste se halla cumpliendo una medida de seguridad en un hospital psiquiátrico penitenciario, puede solventar todas sus dificultades mediante la aplicación del artículo 34 del Reglamento Penitenciario, así como de la normativa de traslados que recoge exhaustivamente la Instrucción 23/1994, de 26 de octubre, sobre normas de control de traslado de los internos, apartado 4 y la amplia regulación que le dedica el artículo 36.4 del renovado Reglamento Penitenciario. Pero, a juicio de la Fiscalía consultante, debe ponderarse la posibilidad de que el Tribunal sentenciador autorice, al amparo de los artículos 97 y 101 del CP el traslado al centro sanitario de la localidad en fechas previas a la del cese de la medida. Si la coordinación fuere óptima, se evitarían problemas de coordinación que, en no pocas ocasiones, son fuente de dificultades.

En tercer lugar, concluye la Fiscalía consultante, existen otras razones que justificarían el que la demanda de incapacitación fuera entablada por una Fiscalía distinta a aquélla en la que el establecimiento psiquiátrico penitenciario tiene su sede. Se pregunta la Fiscalía consultante el por qué la representación del Ministerio Fiscal

que en su momento formuló conclusiones provisionales, ha incumplido el mandato que le imponía el artículo 203 del CC, máxime cuando las anomalías psicológicas ya tenían cabida en la propuesta de calificación. En definitiva, es el Juez del verdadero domicilio —el preexistente a la decisión del internamiento como medida de seguridad el que conoce el *entorno físico* del incapaz, esto es, sus condiciones de vida, económicas, familiares ... etc. También se halla en posición de privilegio para valorar lo que la Fiscalía llama el entorno *institucional*, es decir, todo aquello afectante al historial asistencial del enfermo, en el que convergen diversas administraciones públicas, permitiendo elegir en mejores condiciones el lugar idóneo para su tratamiento asistencial. También se tomaría en consideración el entorno *jurídico*, esto es, todo lo afectante a la labor de defensores judiciales y tutores, que tienen particularidades específicas en cada Comunidad.

Concluye su razonamiento la Fiscalía que eleva consulta, invocando un argumento anclado en razones —no siempre desdeñables— de puro pragmatismo. En efecto, la asunción por la Fiscalía del lugar en que radica el establecimiento psiquiátrico-penitenciario de todas las demandas de incapacitación —se razona— podría colapsar el ordinario funcionamiento de los juzgados de aquella capital, haciendo surgir de forma inevitable la necesidad de creación de nuevos órganos jurisdiccionales, cuando la solución más lógica y no exenta de razones legales, podría consistir en la asunción «a pequeñas gotas» del problema entre todas las localidades de España.

II

La cuestión que aborda la presente consulta no es, desde luego, ajena a planteamientos anteriores que provocaron, en su día, la respuesta institucional de esta Fiscalía General. Ya la Circular 2/1984, *en torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de los incapaces presuntos*, a la vista de la necesidad de unificación de criterios frente a las dificultades interpretativas que planteaba la vigencia de aquel precepto, concluyó que el Juez con competencia objetiva para el internamiento del presunto incapaz lo era el de Primera Instancia, correspondiendo la competencia territorial, entre los de su clase, al Juez del domicilio de aquél cuyo internamiento se pretendía. La propia Circular añadía: «... mas como puede suceder que no coincidan el lugar del domicilio del internado y el centro psiquiátrico en que se interna, creemos que el Juzgado correspondiente a este último será el

competente». Ello suponía avanzar una solución interpretativa que, sin embargo, no contemplaba el supuesto de hecho que ahora motiva la Consulta de la Fiscalía de Alicante, pues la hipótesis a que aludía la citada Circular estaba definida por la ausencia de cualquier género de internamiento, para cuyo logro, se acudía al procedimiento descrito por el artículo 211 del CC. Nótese, desde ahora, que la opción que propugnaba la Fiscalía General lo era en favor del Juez del lugar en que tuviera su sede el centro de internamiento, y ello pese a que, todavía, el presunto incapaz no vivía en aquél, pues la solicitud de internamiento buscaba precisamente la obtención de aquella medida terapéutica, a expensas de lo que luego pudiera acontecer en el procedimiento de incapacitación.

La Memoria correspondiente al año 1981 en el capítulo relativo a *Observaciones y estudios doctrinales sobre temas de interés y actualidad*, se hacía eco del criterio de la Fiscalía de Barcelona que, bajo el epígrafe «Internamientos, con particular referencia a los psiquiátricos», razonaba en los siguientes términos:

«En cuanto al problema de competencia, no hay fuero determinante, exclusivo y excluyente, por lo que rige, con carácter general, la norma del artículo 63, número 1 de la LEC, que defiende la competencia en favor del Juez del lugar del domicilio; esta regla, aplicable a las demandas de incapacidad, no parece serlo cuando se trata de un procedimiento de urgencia, en el que, en definitiva, lo que se solicita del Juez es que legalice una privación de libertad que se ha producido con anterioridad, por lo que parece más conforme con la necesaria inmediación y urgencia del caso, que sea el Juez del lugar del internamiento el que reciba la notificación, practique la actividad probatoria mínima y resuelva, según el artículo 96 del Código Civil, que dice: sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regularán por la Ley de su residencia habitual.»

Buena prueba de la inagotada actualidad que el tema suscita, la proporciona la lectura de la *Memoria* del año 1995, entre cuyas *Observaciones de interés*, vuelve a hacer acto de presencia un estudio procedente de la Fiscalía de Baleares que, bajo el título «La competencia territorial en el artículo 211 del Código Civil», se reexamina algunos de los problemas que ahora centran la presente Consulta, concluyendo, tras descartar otras soluciones posibles, la competencia del Juez del lugar en que se halle el centro de internamiento.

Cierto es que el objeto de la Consulta que ahora se resuelve, no presenta una coincidencia sustancial con los temas abordados con anterioridad por la Fiscalía General. Sin embargo, su mención ya

autoriza una doble inferencia. De un lado, que se está analizando un problema de incuestionable vigencia y cuyas aristas alcanzan a más de una Fiscalía; de otra parte, que existe una singular coincidencia a la hora de afirmar una entre las diversas soluciones ponderables.

III

Constituye un presupuesto metódico irrenunciable, si se pretende evitar la dispersión conclusiva, analizar el supuesto de hecho que da vida a la Consulta planteada desde su genuina dimensión jurídica. Se está aludiendo, claro es, a la situación de un presunto incapaz –lo es en la medida en que una sentencia penal ha atribuido eficacia jurídica al trastorno esquizofrénico crónico que padece aquél– y que ha sido internado en aplicación de una medida de seguridad, cuyo régimen jurídico definen los artículos 20.1, 96.1.2.1 y 101 del renovado CP. El internamiento que actualmente afecta al presunto incapaz tiene su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada por la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1 CP). El Tribunal del orden jurisdiccional penal, llamado a dar una respuesta decisoria al hecho ilícito –no al grado de capacidad afirmable en el acusado–, ha estimado que del propio hecho y de las circunstancias personales del sujeto, puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2 CP). Estaríamos en presencia, pues, de un internamiento cuyo sustrato legitimante lo proporciona la idea de peligrosidad, ajena a la incidencia que el padecimiento psíquico puede llegar a desplegar en el orden jurídico-civil.

Como consecuencia de ese restringido y parcial significado jurídico del internamiento que padece el presunto incapaz, resulta obligado activar un procedimiento civil, que valorando el trastorno psíquico que sufre aquél, permita desembocar en una resolución jurisdiccional de naturaleza constitutiva y que declare la incapacitación del afectado. En definitiva, la acción se encamina a lograr una declaración judicial que, al tiempo que declare la incapacidad, determine la extensión y los límites de aquélla. Ello constituirá, a su vez, el instrumento jurídico idóneo para la fijación del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 CC). La demanda de incapacitación a promover por el Ministerio Fiscal –en ausencia o por inacción de aquellas personas a las que el artículo 202 del CC confiere legitimación–, justifica su procedencia desde una

óptica exclusivamente protectora, orientada hacia la puesta en marcha de una institución tuitiva, cuyo ámbito operativo vendrá determinado por la resolución judicial que declare la incapacitación.

Quiere con ello decirse que el proceso civil de incapacitación, que se dirigirá contra quien en la actualidad sufre un internamiento en aplicación de una medida de seguridad dictada en un proceso penal, es absolutamente independiente de la traducción jurídico-penal del trastorno psíquico que afecta al demandado y que ha conducido a la exención de responsabilidad. Al propio tiempo, tampoco se identifica en su *principalidad* con la medida de internamiento que antes, durante o después del proceso civil de incapacitación pudiera adoptarse por el Juez (arts. 211, 209 y 271.1.º del CC). La promoción de la demanda de incapacitación, en cumplimiento del deber institucional que incumbe al Fiscal (art. 203 CC y artículo 3.7 del Estatuto Orgánico de 1981) busca proveer de un mecanismo jurídico de protección a la persona que padece una enfermedad o una deficiencia persistente de carácter físico o psíquico y que, como tal, es incapaz de gobernarse por sí misma (art. 200 CC).

Afirmada la sustantividad del procedimiento civil de incapacitación, toda inferencia que sea el resultado de la superposición analítica de las respectivas y variadas traducciones jurídicas del padecimiento psíquico, puede conducir a un desenlace conclusivo, cuando menos, inseguro.

IV

En principio, el Fiscal llamado a entablar demanda de incapacitación, tiene ante sí un enunciado normativo concluyente proporcionado por el artículo 63.1 de la LEC, conforme al cual: «en las demandas sobre el estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado». Los obstáculos surgen cuando se trata de definir lo que por domicilio deba entenderse. De nuevo un concepto legal proporciona una clave interpretativa que, pese a todo, no es definitiva. El artículo 40 del Código Civil reputa domicilio de las personas físicas, entendido éste como la sede física para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, «el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El examen del estado actual de la doctrina en la materia, pone de manifiesto que la noción sobre la que se apoya el concepto de domici-

lio –residencia habitual– tampoco provoca la unanimidad de los analistas. Las tendencias doctrinales más modernas, siguen exigiendo la nota de la voluntariedad, pues así parece desprenderse del significado constitucional del artículo 19.1 de la CE cuando afirma que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, sin descartar la posibilidad de un concepto jurídico-legal de domicilio, ajeno a cualquier presupuesto voluntarista. De acuerdo con tal idea, se ha distinguido entre un domicilio real o voluntario, enlazado con la idea de residencia habitual, entendida ésta como residencia normal y presumible para el futuro próximo, y un domicilio legal, establecido directamente por la ley sin tener en cuenta la residencia habitual. Así acontecería en el supuesto de los diplomáticos a que se refiere el artículo 40.2 y algunos de los casos contemplados en los artículos 64 a 71 de la LEC.

No resulta suficiente para descartar las incógnitas, constatar el estado de opinión de la dogmática a la hora de caracterizar lo que por domicilio haya de entenderse. En efecto, el significado constitucional del domicilio como espacio físico e instrumental para el ejercicio de otros derechos de primer orden, no resulta sustancialmente coincidente con la estricta visión jurídico-civil que proclaman la LEC y el propio CC. De hecho, el concepto de domicilio que emplea el artículo 18.2 CE para garantizar la inviolabilidad, es un concepto más restrictivo que el utilizado por el artículo 19.1 CE, habiéndolo así interpretado el Tribunal Constitucional (SS. 110/1984, 26 de noviembre, 22/1984, 17 de febrero, Auto 171/1989, 3 de abril) y el Tribunal Supremo (S. 30.12.1992).

Llegados a este punto, la cuestión que da vida a la Consulta surge por sí sola: ¿puede estimarse como domicilio de quien es objeto de una medida de seguridad penal el establecimiento psiquiátrico-penitenciario en el que aquélla se hace efectiva? Tiene razón la Fiscalía consultante cuando destaca el carácter obligatorio –impuesto en sentencia– de la presencia del presunto incapaz en el citado centro de internamiento. Tampoco son descartables sus razonamientos encaminados a resaltar que aquella situación es extraordinaria, contingente –artículo 97 CP–, limitada en el tiempo y, en todo caso, orientada a no provocar una inaceptable ruptura con el arraigo domiciliario y familiar de quien sufre aquella medida de seguridad. Sin embargo, limitar nuestra aproximación a la cuestión debatida a una simple constatación de las especificidades de la situación que afecta al presunto incapaz, conduciría a una solución parcial e insatisfactoria del problema planteado.

V

Las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia no tienen un sentido unidireccional. El Tribunal Supremo ha estimado, por ejemplo, tratándose de una demanda de incapacidad, que no tiene la consideración de verdadero domicilio, con arreglo al artículo 40 del CC, la residencia de la interesada en un Sanatorio de Nutrición, pendiente de su curación, pues aquélla «... no puede tener más que un carácter accidental y transitorio» (STS 27.4.1956). Sin embargo, ha entendido que el traslado del presunto incapaz, del lugar de su domicilio habitual, al de una prima que «... se ha hecho cargo de cuidarlo y atenderlo», desplaza en favor de este último el fuero idóneo para entablar la demanda de incapacitación (STS 1.7.1992).

En el terreno doctrinal algunos autores que se han ocupado del específico supuesto que nos ocupa, se han decantado en favor del lugar definido por la ubicación del establecimiento psiquiátrico, ello con fundamento en una interpretación extensiva y garantista de los correspondientes preceptos legales que —se razona— obligan a una subordinación de otras razones procesales en favor de un recto entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Otros autores, por el contrario, estiman que la solución obliga a distinguir si la permanencia en ese establecimiento es accidental o transitoria o si, tan sólo, tiene vocación de permanencia y continuidad. En tales casos, el domicilio a tener en cuenta a efectos de delimitación de la competencia territorial sería el definido por la residencia habitual, sin perjuicio de que ese domicilio circunstancial pueda servir a otros efectos civiles, administrativos e, incluso, procesales (notificaciones, etc.). La simple estancia física de un sujeto en un determinado lugar —se concluye— no basta para considerar tal como domicilio.

Resulta fuera de duda que cualquiera que sea el criterio por el que se opte, éste no podrá perder de vista el significado constitucional de las normas que, en general, están llamadas a reglar la competencia. Su enlace con el derecho al Juez predeterminado por la ley ha sido insistentemente proclamado por el Tribunal Constitucional (cfr., por todas, SSTC 75/1982, 13 de diciembre y 4/1990, 18 de enero). Con igual énfasis el Alto Tribunal ha destacado reiteradamente la importancia del régimen jurídico de las notificaciones, emplazamientos y, en general, los actos procesales de comunicación, pues sólo mediante su adecuada práctica pueden hacerse valer algunos de los principios estructurales —contradicción e igualdad— que informan el proceso civil (cfr. STC 21.11.1990).

VI

Al margen de la incuestionada sustantividad de la noción jurídica de domicilio, probablemente su verdadera dimensión instrumental represente el camino más seguro para la obtención de soluciones válidas. De acuerdo con tal idea, el auténtico reto conclusivo consistiría, no tanto en discernir si la permanencia en un establecimiento psiquiátrico colma las exigencias conceptuales del domicilio, sino en determinar en qué lugar el presunto incapaz se halla en mejores condiciones para hacer valer su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuya trascendencia se hace, si cabe, más patente cuando se trata de un procedimiento afectante al estado civil y encaminado a la obtención de una sentencia de naturaleza constitutiva y, por ende, de radicales efectos en el ámbito de la personalidad del demandado. Se trataría, en suma, de despojar la polémica de cierto sesgo especulativo para situarla en el centro definido por la efectividad de los derechos fundamentales proclamados por el artículo 24 del texto constitucional.

La flexibilidad con la que la idea de domicilio ha sido caracterizada permitiría, incluso, el apoyo doctrinal para atribuir a esa estancia en el establecimiento psiquiátrico –tan singular en otros aspectos– una innegable proximidad al espacio conceptual abarcado por aquella idea. Y es que el domicilio –se ha dicho por algún autor– no es una simple situación física de una persona, sino que puede constituir una situación física condicionada, por sí o por las circunstancias. Esa distancia respecto de cualquier forma de rigidez en el entendimiento de la noción que determina el lugar de la competencia, está presente en numerosos pasajes de la LEC. Baste recordar cómo el artículo 69 prevé que en los casos en que esté señalado el domicilio para surtir fuero competente, «... los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen ...». Piénsese, por ejemplo, en la filosofía que late en el artículo 67 de la misma LEC, conforme al cual «el domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularan continuamente se considerarán domiciliados en el pueblo en el que vivieren más frecuentemente». Sin necesidad de recuperar la categoría histórica del *paradero*, resulta indudable que la permanencia en un establecimiento psiquiátrico, impuesta en ejecución de una medida de seguridad, no puede ser irrelevante para el derecho, sobre todo, si de hacer efectivo el principio procesal de contradicción se trata.

El examen de los supuestos citados pone de manifiesto que el sistema jurídico civil no puede encadenarse a un significado del domicilio definido por la rigidez conceptual, permaneciendo indiferente a una realidad de hecho —la estancia en un establecimiento psiquiátrico— que puede tomar vida con independencia de la voluntariedad que anima a quien vivencia aquella situación.

VII

Los argumentos ya expuestos, extraídos de una aproximación a nuestro panorama legislativo presidida por el carácter instrumental de la noción de domicilio, refuerzan su valor dialéctico si se repara en otro aspecto del proceso de incapacitación que nunca puede pasar desapercibido. Se alude, claro es, al importantísimo significado procesal que las leyes atribuyen al reconocimiento del presunto incapaz por el Juez que haya de conocer de la demanda de incapacitación. El artículo 208 del Código Civil obliga al Juez a oír a los ponentes más próximos del presunto incapaz y anuncia con incuestionable tono imperativo: «...examinará a éste por sí mismo». El reconocimiento del presunto incapaz se convierte así en una exigencia legal que, además, no admite omisión y que desaconseja la delegación en su cumplimiento. Tal reconocimiento ha de verificarse por el propio Juez. La claridad de la locución empleada por el legislador —*por sí mismo*—, si bien no puede interpretarse como una exclusión de cualquier fórmula de auxilio jurisdiccional, sí es cierto que refleja la voluntad legislativa orientada hacia una práctica procesal de tal reconocimiento inspirada en el principio de inmediación. El legislador quiere que el mismo Juez que de oficio puede decretar cuantas pruebas estime pertinentes —cfr. artículo 208—, disponga de la fructífera percepción que, en orden al enjuiciamiento de la incapacidad, proporciona ese reconocimiento personal del demandado. Quizás resulte ilustrativa la construcción gramatical del repetido artículo 208 del Código Civil, pues su lectura revela la cuidada redacción a la hora de resaltar aquello que el legislador ha querido que el Juez realice por sí mismo. Nótese cómo el precepto de que se trata, tras apuntar que «el Juez oír a los parientes más próximos del presunto incapaz», sin ningún añadido que refuerce la exigencia legal, concluye afirmando «examinará a éste por sí mismo».

Da la impresión de que el texto legal no reacciona en términos prohibitivos frente a la posible dejación funcional de la audiencia de los parientes y, en cambio, impone que el reconocimiento del pre-

sunto incapaz se realice desde la intermediación que proporciona la visión personal por el titular del órgano jurisdiccional competente.

La importancia de tal reconocimiento del presunto incapaz ha sido enfatizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, de forma reiterada, recuerda que el reconocimiento del presunto incapaz «... no puede catalogarse como trámite procesal sino como requisito de fondo» –STS 20.2.89– y que «... dados los términos del artículo 208, resulta evidente que el *Juez o Tribunal que declare la incapacidad* ha de (...) examinar por sí mismo al incapaz, norma que tiene un alcance constitucional, en cuanto afecta al derecho al desarrollo de la personalidad» –STS 12.6.89–, habiéndose declarado nulo el proceso en que no se haya cumplido con esa exigencia esencial, que no es una diligencia de investigación del proceso ni de reconocimiento judicial, sino factor de validez del proceso.

En definitiva, el mandato que el artículo 210 del Código Civil dirige al órgano jurisdiccional, encaminado a la fijación de la extensión y límites de la incapacitación, así como al régimen de tutela o curatela a que haya de quedar sometido el incapaz, obtiene un más adecuado cumplimiento cuando el reconocimiento se verifica al margen de fórmulas de auxilio jurisdiccional, cuya utilidad puede llegar a resultar perturbadora si de restringir la capacidad de obrar se trata.

VIII

La existencia de un internamiento que afecta al presunto incapaz, en ejecución de la medida de seguridad impuesta en un proceso penal, representa un dato que condiciona el análisis de los efectos derivables del proceso de incapacitación. De hecho, el informe de la Fiscalía consultante ya advierte sobre las posibles disfunciones que podrían ocasionarse en el espacio de tiempo definido entre el cese de aquella medida por alguna de las causas que legítimamente lo provocan (arts. 97, 101 y concordantes del Código Penal) y el inicio de un internamiento justificado por la declaración de incapacitación y, por consiguiente, atendiendo a razones distintas a las que explican la medida de seguridad.

Sin embargo, tal criterio analítico supone anticipar el contenido y, el alcance del proceso de incapacitación. Éste, por definición, se encamina a determinar en sentencia la extensión y los límites de la incapacitación que afecta al demandado, sometiendo al presunto incapaz a un específico régimen de tutela o guarda (art. 210 del Código Civil).

En la medida en que el destinatario de aquella institución protectora se halle internado por razón de su actual peligrosidad, el proceso civil no puede tener como objetivo inmediato *reduplicar* la procedencia de un internamiento de distinto significado y cuya vigencia futura como medida terapéutica todavía no puede ser objeto de ponderación. En definitiva, parece dudoso que el proceso civil dirigido a la incapacitación del demandado se justifique por el establecimiento de una *superposición* de resoluciones judiciales de internamiento, dictadas en distinto orden jurisdiccional y cuyo sustrato legitimador no debe ser de objeto valoración conjunta. Quiere con ello decirse que el fin del proceso de incapacitación y hacia el cual deben orientarse los esfuerzos institucionales del Ministerio Fiscal, viene definido por la obtención de una sentencia constitutiva que permita la designación de un tutor que, ejerciendo las funciones protectoras que el ordenamiento jurídico espera de él –artículo 263 Código Civil–, pueda hacer más llevadero el déficit jurídico de capacidad de obrar que afecta al demandado.

Una vez dictada sentencia de incapacitación por el órgano judicial y declarado el régimen tutelar del afectado –artículo 210 Código Civil–, una nueva situación jurídica comienza a desplegar sus efectos. El carácter constitutivo de tal resolución judicial representa la garantía necesaria para que el cese de la medida de seguridad que justificaba el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, no desemboque en un incierto interregno en el que el incapacitado pueda sustraerse a una indicación terapéutica de internamiento aconsejada por su singular estado, y ello con independencia de que ese internamiento haya dejado de estar aconsejado como medida de seguridad –artículo 97 Código Penal–. No puede olvidarse que tal riesgo es incompatible con el adecuado desempeño del cargo tutelar. El artículo 271 del Código Civil convierte al tutor en garante de que, si alguna vez la medida de internamiento va a resultar procedente, aquél instará la correspondiente autorización judicial. Al propio tiempo, sobre el tutor pesa un específico y trascendente cometido que, ejercitado adecuadamente, impedirá toda improvisación en cuanto al momento en el que articular la petición civil de internamiento, pues el artículo 269.4 del Código Civil señala entre las obligaciones particularmente exigibles al tutor la de «...informar al Juez anualmente sobre la situación del (...) incapacitado...».

En definitiva, de la misma manera que el ordenamiento jurídico civil hace del Fiscal el verdadero motor de la declaración judicial de incapacitación, la iniciativa para la adopción terapéutica del internamiento –una vez cesada la medida de seguridad impuesta por un

órgano de la jurisdicción penal— tiene como mejor aval al tutor designado para la protección del incapacitado.

IX

El examen de los argumentos jurídicos que militan en favor de cada una de las tesis defendibles, hace posible las siguientes conclusiones:

Primera.—La demanda de incapacitación a promover por el Ministerio Fiscal respecto de aquellos condenados que se hallen internos en un establecimiento psiquiátrico-penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad, lo será, siempre que las circunstancias del caso permitan un elemental pronóstico de relativa permanencia, ante el Juez de Primera Instancia en el que se halle radicado el citado centro.

Segunda.—Sin perjuicio de reconocer la validez de los razonamientos que con tanta congruencia y sistemática esgrime la Fiscalía consultante, la opción que se sugiere viene aconsejada por un doble orden de razones. De un lado, por cuanto que esa estancia obligada en un centro psiquiátrico-penitenciario, aun sin que sea predicable una sustancial identificación, tampoco es radicalmente incompatible con los conceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil maneja para la determinación de la competencia territorial, existiendo casos en los que el texto procesal traduce jurídicamente situaciones puramente transitorias, ajenas a toda idea de estabilidad y voluntariedad.

De otra parte, por cuanto que la jurisprudencia constitucional ha hecho de la histórica noción del domicilio un instrumento para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva y, singularmente, el principio de contradicción y acceso a los Tribunales, sobre los que se construye la idea misma del proceso civil. De ahí que sea el lugar en el que se encuentra interno el condenado afecto por una medida de seguridad el que mayores garantías ofrece en orden a la vigencia de aquellas ideas rectoras del proceso de incapacitación.

Tercera.—Dictada sentencia de incapacitación y, en su caso, extinguida la medida de seguridad impuesta en proceso penal, es al tutor al que incumbe la iniciativa para el internamiento civil del incapaz y la dación de cuenta al órgano judicial de la situación de aquél —artículos 269.3 y 271 del Código Civil—. Esa condición de garante hace del tutor la mejor salvaguarda para eliminar el riesgo de disfunciones derivadas del distinto régimen al que responden una y otra medida de internamiento.