

**LA TUTELA DE LA LIBERTAD
PERSONAL EN LOS INTERNAMIENTOS
NO VOLUNTARIOS EN CENTROS
GERIÁTRICOS**

HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS. II.1. La etapa institucional. II.2. La etapa científica. II.3. La etapa desinstitucionalizadora y de integración. III. EL MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO. IV. LA *LONGEVIDAD PLURIPATOLÓGICA*. V. EL JUICIO PONDERATIVO. VI. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 3.07.2022
Fecha aceptación: 25.10.2022

LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LOS INTERNAMIENTOS NO VOLUNTARIOS EN CENTROS GERIÁTRICOS

HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA¹

I. INTRODUCCIÓN

El modelo social de la discapacidad y la dependencia asume la proclama fundacional del Movimiento de Vida Independiente: la libertad moral de las personas con diversidad funcional para decidir sobre todas las cuestiones que afecten a su propia vida². Este Movimiento surgió en Norteamérica a finales de los años sesenta para luchar por los derechos civiles de las personas con discapacidad. El principal ideólogo e impulsor fue Ed Robert. Este joven estudiante universitario, cuya vida dependía de un pulmón artificial a causa de la polio que contrajo a los catorce años, superó todos los obstáculos para terminar sus estudios de Ciencias Políticas en la Universidad de Berkeley. El éxito de Robert en sus demandas de accesibilidad universitaria fue el germen del Movimiento de Vida Independiente, cuyas reivindicaciones se extendieron de inmediato a todos los ámbitos de la vida social. Su ideario se cifraba en la libertad de las personas con discapacidad para decidir sobre todos los aspectos referidos a su propia vida³.

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad Pablo de Olavide, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Ctra. de Utrera, km. 1, 41013, Sevilla, mail: halvgar@upo.es

² «(...) el artículo 1.1 de la Constitución consagra la libertad como «valor superior» del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ. 6.º).

³ Cfr. Santayana, G. (2006) «El peso de la historia: la evolución de los modelos de diversidad funcional», en Palacios, A. y Romañach, J., *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas, Madrid, pp. 49-55.

El modelo social considera la discapacidad como una forma específica de discriminación ejercida sobre las personas que difieren del patrón de normalidad biológica, a las que se excluye arbitrariamente de la participación efectiva en la vida política, social, económica y cultural: «Para entenderlo es necesario comprender la distinción entre la deficiencia física y la situación social a la que se llama «discapacidad», de las personas con tal deficiencia. Así, definimos la deficiencia como la carencia total o parcial de un miembro, o la posesión de un miembro, órgano o mecanismo defectuoso; y la discapacidad es la desventaja o la limitación de la actividad causada por una organización social contemporánea que tiene en escasa o en ninguna consideración a las personas con deficiencias y, por tanto, las excluye de participar en las actividades sociales generales. La discapacidad es, por consiguiente, una forma particular de opresión»⁴.

La causa que socava la autonomía individual para elegir entre las diversas opciones vitales, según los propios intereses y preferencias, no es la deficiencia o las imperfecciones más o menos acentuadas que padezca una persona, sino que es la sociedad la que realmente impide el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad. Es el naufragio de la sociedad que no ha sabido o querido adaptarse a las necesidades de todos los ciudadanos⁵. Los cambios deben operarse sobre el medio social para construir una sociedad plenamente inclusiva y democrática, donde se respeten los derechos y las libertades de todos.

«La sociedad, en efecto, no es solo el escenario en el que acontece el problema, sino que es un personaje importante del drama. La sociedad discapacita y rehabilita, segrega y agrega. La sociedad, por ello, ha de ser objeto de intervenciones que la hagan cada vez menos agresiva y más accesible, menos áspera y más hospitalaria, menos normativa y más tierna»⁶.

El modelo social requiere la acción concertada y congruente de la sociedad y de los poderes públicos en orden a erradicar la discapacidad. Esta compleja actuación debe fundarse en la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la plena participación en la vida pública de las personas con diversidad funcional (art. 9.2 CE) y en la garantía del ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos. Este nuevo enfoque modifica sustancialmente la estrategia

⁴ Manifiesto de la Unión de los Físicamente Impedidos contra la Discriminación, Londres, 1976, citado por Moscoso, M. (2011) «La discapacidad como diversidad funcional: los límites del paradigma etnocultural como modelo de justicia social», *Dilemata*, N.º 7, p. 78.

⁵ «El problema radica en el fracaso de la sociedad y del entorno creado por el ser humano para ajustarse a las necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad, y no en la incapacidad de dichas personas para adaptarse a las demandas de la sociedad» (Harlan, H. (1986) «Public support for rehabilitation programs: the analysis of US Disability Policy», *Disability, Handicap & Society*, Vol. 1, N.º 2, p. 128).

⁶ Casado Pérez, D. (1987) «Prólogo» a *La discapacidad como problema social*, Buenos Aires, Eudeba, (Pantano, L.), citado por Benardelli, B. (2006) «Accesibilidad al medio físico y comunicacional», en *Discapacidad en Argentina: un diagnóstico de situación y políticas pública vigentes a 2005*, Fundación Par, Buenos Aires, p. 114.

política y social de la discapacidad, ya que apuesta decididamente por la gestión de los apoyos y la adaptación del medio a las necesidades singulares de las personas.

La dependencia y la discapacidad son dos categorías jurídicamente diferentes: la discapacidad es una construcción social de marcado tinte discriminatorio, pues «es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 2.ª de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad); sin embargo, la dependencia es un estado clínico de carácter esencialmente permanente en el que una persona no se halla en las condiciones psicofísicas precisas para atender a sus necesidades vitales básicas. En efecto, el art. 2.2 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia la define como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

Sin embargo, debemos tener en cuenta que «la discapacidad es un atributo inseparable de la dependencia, pero pueden existir diversos grados de discapacidad sin que exista dependencia»⁷. Así, dependencia y discapacidad convergen en una persona cuando esta necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria⁸, mientras que una persona con un grado leve de discapacidad no necesita ningún apoyo para las acciones esenciales de la vida cotidiana, de modo que no será dependiente.

«Conviene tener presente que la dependencia, en primer lugar, es una noción distinta de la discapacidad: difiere en su realidad práctica ya que muchas personas con discapacidad reconocida no sufren merma en su autonomía personal y, por tanto, no están en situación de ser calificadas como personas con dependencia. Con todo, coinciden en su procedimiento de acreditación que dependerá de equipos técnicos interdisciplinares sin intervención judicial ni de la fiscalía»⁹

Según los datos del IMSERSO, a 31 de agosto de 2022, en España había 1.246.292 personas en situación de dependencia beneficiarias de alguna prestación, de las cuales el 72,36% tenían más de 65 años¹⁰. Casi tres cuartas partes —855.903— son gran-

⁷ Querejeta González, M. (2004) «Discapacidad/ Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación», IMSERSO, p. 27.

⁸ Cfr. Art. 26.1 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia.

⁹ Moretón Sanz, M.ª . F. (2007) «El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia», en Lasarte Álvarez, C. (dir.) *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, p. 35.

¹⁰ <https://acortar.link/3TBxeE>

des y severos dependientes (niveles III y II, respectivamente) y el resto, 390.389, tiene una dependencia moderada (nivel I). Por otra parte, según los datos del Censo de Población y Vivienda de 2011 del Instituto Nacional de Estadística, hay 270.000 personas viviendo en establecimientos residenciales de régimen cerrado¹¹. No obstante, resulta evidente que estos datos no reflejan la realidad actual por lo que habrá que esperar a que se publique el Censo de 2021, que a buen seguro reflejará un notable incremento en relación con la oferta de centros residenciales, fijada en 5.567 centros en 2020, que pueden albergar a 384.000 personas¹², insuficientes para atender a las necesidades actuales de la población española y la perspectiva en los próximos años es que sigan aumentando las personas dependientes, debido al acusado envejecimiento de la población, con lo que se acentuará la incidencia de las patologías neurodegenerativas y deberá incrementarse la acción protectora del Estado que el artículo 50 CE reconoce a los ciudadanos de la tercera edad¹³.

Desde hace años, se vienen denunciando graves irregularidades por la Fiscalía General del Estado, los defensores del pueblo autonómicos y el propio Tribunal Constitucional en el ingreso de personas con discapacidad y dependientes en residencias, que están vulnerando su libertad personal, su derecho a la igualdad, al libre desarrollo de su personalidad y, en suma, a forjar libremente su destino vital: «Debe advertirse que los esfuerzos que vienen haciendo en los últimos años las Administraciones públicas competentes, para atender de manera objetiva y ordenada las demandas de personas necesitadas de cuidados integrales en residencias en régimen de internamiento, iniciativa esta en sí misma digna de respaldo en el marco de nuestro Estado social y democrático de derecho (arts. 1 y 49 CE), en modo alguno pueden suponer la cobertura a situaciones privativas de libertad sin la previa autorización judicial o, por excepción, sin haber recabado el responsable del centro dicha autorización en el plazo urgente de 24 horas que dispone el art. 763 LEC, cumpliendo los demás requisitos de este precepto»¹⁴.

El ingreso libre y voluntario en las residencias o geriátricos no plantea problemas jurídicos cuando el deterioro físico o la dependencia funcional de la persona no llevan aparejada una minoración de las facultades cognitivas, o cuando esta se produzca pueda ser compensada por el sistema de apoyos previsto en la Ley 8/2021, de modo que la decisión sea tomada libremente por la persona; pero sí en dos supuestos en los que no se puede garantizar la autonomía de la voluntad del interesado: a) la demencia

¹¹ <https://acortar.link/iw72MB>

¹² Estadísticas sobre residencias. Distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de septiembre de 2020, *Informe. Envejecimiento en red*, núm. 27, enero 2021, pp. 8 y 13, <https://acortar.link/VZeTaH>

¹³ «El mandato de protección a la Tercera Edad que impone este artículo a los poderes públicos se canaliza, por tanto, en dos sentidos: la garantía de suficiencia económica y la prestación de servicios sociales en relación con los problemas sectoriales específicos de las personas que integran este colectivo» (Vidal Prado, C. (2007) «La protección constitucional de la tercera edad», en Lasarte Álvarez, C. (dir.) *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, p. 21).

¹⁴ STC 34/2016, de 29 de febrero, FJ 5.º

sobrevenida o la falta de capacidad sobrevenida se producen cuando el residente, fruto de una enfermedad senil crónica o degenerativa, pierde sus facultades intelectivas y volitivas y no puede decidir sobre su continuidad en el centro¹⁵; y b) cuando se produce un internamiento de una persona que ya carece de la capacidad de jurídica precisa para regir su propia vida y patrimonio.

Adviértase que un geriátrico no es una unidad de salud mental por lo que no serán objeto de estudio los problemas constitucionales que plantea el uso, en ocasiones necesario y proporcional, de sistemas de contención mecánica y farmacológica en los ingresos no voluntarios en estos establecimientos sanitarios, ni tampoco se analizará la utilización de los mismos en los centros residenciales de mayores.

El estudio de esta materia jurídico-constitucional principiará con una referencia a los antecedentes históricos de la legislación psiquiátrica española, para conocer cómo ha evolucionado hasta adoptar su configuración garantista actual. Después estudiaremos los presupuestos jurídicos habilitantes y las garantías constitucionales y legales de los internamientos no voluntarios de las personas mayores en situación de dependencia en residencias o geriátricos, que tienen unas características específicas debido a la naturaleza de sus patologías y una gran incidencia social provocada por el fenómeno de la *longevidad pluripatológica*. Y, finalmente, examinaremos en este trabajo las soluciones jurídico-constitucionales que se pueden arbitrar, en el marco de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para «regularizar» los internamientos ilegales realizados, en unos casos, a causa del desconocimiento por parte de los responsables del geriátrico del procedimiento judicial previsto en la LEC; en otros, por la connivencia entre los directores de los centros residenciales y los familiares, pero en todos los casos la incuria de la Administración autonómica competente en la materia ha sido la colaboradora necesaria, al no haber efectuado los controles precisos para garantizar la libertad personal de los residentes.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS

La historia de la legislación psiquiátrica española y europea está penetrada por dos cuestiones medulares absolutamente imbricadas, a saber, la función asignada a los hospitales psiquiátricos y la tutela jurídica de los internamientos no voluntarios.

¹⁵ «En estos caso se produce una transformación del estado psíquico del paciente que modifica su status jurídico. Es, por así decir, una particular aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que mientras el supuesto de hecho del ingreso inicial, es decir, la concurrencia de voluntariedad por la competencia del paciente se mantenga éste es autónomo y por tanto a él, y solo a él, le corresponde decidir su permanencia en la institución. Sólo cuando el supuesto de hecho se modifica, al sobrevenir la incompetencia, el marco jurídico de su permanencia en el establecimiento se modifica sustancialmente, hasta el punto de hacer exigible la intervención garantista del orden jurisdiccional, hoy en día el control prevenido en el art. 763 LEC» (Barrios Flores, L. F. (2004), «Ingresos geriátricos. Fundamentos y garantías», *DS: Derecho y Salud*, Vol. 12, N.º 1, p. 22).

En efecto, se aprecia una tensión o conflicto constante entre la protección de la libertad personal del paciente, que requiere de los centros psiquiátricos una finalidad exclusivamente terapéutica y rehabilitadora y que se constituyan como *ultima ratio* —para las patologías más agudas—, dando prioridad a la atención comunitaria desinstitucionalizada; y la tutela de la sociedad frente a la peligrosidad potencial de la persona con enfermedad mental, que convierte a los hospitales psiquiátricos en centros de custodia o reclusión, con un evidente menoscabo del derecho a la igualdad y a la libertad física de los internos.

Siguiendo a Basauri y Sánchez Gutiérrez, podemos identificar tres etapas legislativas: a) la institucional; b) la científica y c) la desinstitucionalizadora y de integración¹⁶.

II.1. *La etapa institucional*

Se extiende desde el Trienio Liberal (1822) hasta 1885. En esta fase «se desarrolla y consolida la institución psiquiátrica (el asilo de alienados) como espacio terapéutico para la locura (...)»¹⁷ mediante un tratamiento moral inspirado en la Ilustración y el cristianismo: a) el aislamiento del enfermo de su medio familiar y social mediante la construcción de psiquiátricos fuera de las capitales de provincia; b) el trabajo manual; c) la prohibición de la tortura y del trato degradante e inhumano; d) la adquisición de buenos hábitos de vida que favorezcan el autocontrol y e) la asistencia a los oficios religiosos dominicales. Sin embargo, las encomiables previsiones normativas de la Ley de Beneficencia de 1822 no se cumplieron en la práctica debido a la escasez de recursos económicos en un siglo de fuerte crecimiento demográfico, que incrementó notoriamente el número de personas con trastornos mentales, y la ausencia de un nutrido cuerpo de alienistas desembocó en una lamentable situación asistencial y en la conversión del manicomio en un centro de reclusión:

<sangrado> «Los manicomios en España (...) estaban tan mal dirigidos que no parecía sino que sus directores hacían méritos para ingresar en ellos. La locura, indudablemente, trastornaba al mismo tiempo la inteligencia de los enfermos y endurecía las entrañas de los que les cuidaban. La inversión absurda de los escasos fondos producía un resultado verdaderamente desastroso. (...) El maniático, el loco furioso y el tranquilo estaban revueltos en confusión de suciedad y miseria: allí gritaban dirigiéndose los unos a los otros, se les encadenaba como a fieras y se les trataba peor que a criminales, pues las pasiones de los más furiosos eran exacerbadas con el salvaje látigo. Ni siquiera había una cortina para excusar las necesidades de aquellos seres humanos reducidos a la condición de animales: todo era público, hasta el trance de

¹⁶ Cfr. Basauri, V. A. y Sánchez Gutiérrez, A. E. (1997) «Norma y ley en la psiquiatría española (1822-1986)», *Revista de la Asociación española de neuropsiquiatría*, Vol. 17, N.º 61, pp. 128-140.

¹⁷ *Ibidem*, p. 129.

la muerte, dándose el caso de que el último suspiro de algún sin ventura se mezclase con la risa histórica de los espectadores»¹⁸.

En relación con el procedimiento para ingresar en el manicomio, la ley no establecía ninguna garantía para la libertad personal, simplemente remitía a las disposiciones que fijase la institución provincial o municipal que gobernase cada establecimiento, con lo que prevalecía la protección de la seguridad pública ante la peligrosidad social del enfermo mental, en línea con la legislación francesa, cuya influencia se proyectó sobre la legislación psiquiátrica de la mayoría de los países europeos del siglo XIX.

Esta grave deficiencia fue suplida por la Ley de 1885, que por primera vez reguló con carácter general el internamiento forzoso de las personas con enfermedades mentales ante los abusos perpetrados bajo la Ley de 1822¹⁹: «De aquí que las diputaciones provinciales, los ayuntamientos y los particulares tengan a su cargo un gran número de locos entran en reclusión sin ninguna garantía eficaz de seguridad individual. Y de aquí también que se promuevan con frecuencia litigios, y aun procedimientos criminales, por haber recluso sin razón, y con fines que atentan a la moral, a personas no declaradas judicialmente en estado de demencia»²⁰.

Esta norma impuso la autorización judicial preceptiva para proceder al internamiento no voluntario del enfermo psiquiátrico. Fue una disposición inédita en Europa y a contracorriente de la ley francesa de 1838 —vigente durante ciento cincuenta años en Francia y que sólo preveía un control gubernativo de los internamientos—, pero de escaso cumplimiento efectivo.

Con esta norma, en pura teoría, la perspectiva de la legislación psiquiátrica española cambiaba en dos ámbitos: a) de poner el foco sobre la peligrosidad social del enfermo, a preocuparse por la libertad personal del paciente que debía ser tutelada por un poder independiente: la garantía jurisdiccional; y b) el hospital psiquiátrico dejaba de ser en la práctica un centro de reclusión para configurarse como un espacio terapéutico para el tratamiento médico de los alienados.

II.2. *La etapa científica*

Desde finales de siglo XIX y hasta la Guerra Civil española se produce el auge de la psiquiatría española, cuyos principales exponentes alcanzaron una gran influencia política por medio del asociacionismo profesional, con el fin de reformar la legislación española: «psiquiatras en busca de Estado» (Comelles). El objetivo perseguido

¹⁸ Ford, R., *Cosas de España (el país de lo imprevisto)*, tomo II, traducción y prólogo de Enrique de Mesa, Colección Abeja, Imprenta de Rafael Caro Raggio, Madrid, 1922, p. 45.

¹⁹ Véase el caso *Juana Sagrera* (López Ebri, G. A. (2019). «Discurso de ingreso en la Real Académica Valenciana de Jurisprudencia y legislación, pronunciado el día 23 de octubre de 2019», *Cuaderno* N.º 92, pp. 26-30).

²⁰ Preámbulo de la Ley de 1885.

era la penetración de la ciencia psiquiátrica en el Derecho, especialmente en el ámbito penal y en el tratamiento de la enfermedad mental en los frenopáticos, de modo que el informe del alienista fuese determinante tanto en la aplicación de la eximente del trastorno mental transitorio como del internamiento forzoso con fines terapéuticos —y no de «privación correccional de la libertad»²¹— del paciente con discapacidad psíquica.

A los dos meses de constituida la República, la acción política y de grupo de presión del colectivo dio sus frutos: el Decreto de 3 de julio de 1931²². Esta norma derogó la garantía jurisdiccional de la libertad personal, instaurada en la Ley de 1885, para fundarse en una confianza ciega en la ciencia psiquiátrica. Empoderó a los profesionales de la psiquiatría, ya que su dictamen clínico era clave para ingresar a un enfermo mental en un psiquiátrico, de forma que, en realidad, estamos ante una ley que colmaba las ambiciones de poder y de reconocimiento social del gremio, sujeto a un débil e ineficiente control gubernativo y a una inexistente fiscalización judicial, que favoreció los abusos de los directores de los centros, de los médicos especialistas y de las autoridades gubernativas durante los cincuenta años siguientes.

II.3. *La etapa desinstitucionalizadora y de integración*

En los últimos años de la dictadura cristaliza un movimiento psiquiátrico refractario al modelo segundo-republicano y proclive al cierre de los manicomios y a integrar la asistencia médica psiquiátrica en la red sanitaria nacional. Esta nueva corriente se vio favorecida por la refundación de España con la Constitución de 1978, que hacía incompatible el control gubernativo de los internamientos forzosos, previsto en el Decreto de 1931, por lo que en 1983 se modificó el Código Civil para imponer el control judicial en este ámbito y en 1985 se aprobó un «Plan general de salud mental que quería potenciar la atención ambulatoria, la hospitalización psiquiátrica en hospitales generales y, en definitiva, un nuevo modelo integrado de los servicios de atención mental»²³. Sin embargo, la necesidad de tener centros adecuados para los trastornos psíquicos más agudos ha propiciado que, casi cuarenta años después, aún haya noventa y un hospitales de salud mental con capacidad para más de catorce mil pacientes, algunos se encuentran en condiciones lamentables, como el de Conxo en Santiago de Compostela, y en los que hay pacientes que llevan años institucionalizados²⁴.

²¹ Art. 10 del Decreto de 7 de julio de 1931.

²² <https://acortar.link/r8kcC>, fecha de consulta: 26-V-2022.

²³ Moretón Sanz, M.^a. F. (2011) «La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos», *Comunitania. Revista Internacional de trabajo social y ciencias sociales*, N.º 1, p. 72.

²⁴ <https://acortar.link/MBnF3B>, fecha de consulta: 02-VI-2022.

El artículo 49 CE postula un paradigma mixto o híbrido de la discapacidad, es decir, los constituyentes consideraron que debía ser abordada prioritariamente por medio de soluciones médicas y asistenciales —«previsión, tratamiento y rehabilitación (...) atención especializada»—, aportadas por el Régimen Público de la Seguridad Social (art. 41) y el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43), imprescindibles para curar o paliar, en la medida de lo médicamente posible, las deficiencias psíquicas, físicas, intelectuales y sensoriales de las personas con discapacidad y dependientes, pero en la convicción de que la discriminación secular que sufren estos ciudadanos no es un problema individual debido a su inadaptación personal al medio, sino que es causado esencialmente por el prejuicio²⁵ o desvalor inmanente en la sociedad española, que los considera inferiores o incapacitados para desenvolverse eficazmente en las relaciones sociales.

Por ello, en el último inciso del precepto constitucional —«amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»— se explicita que el carácter limitado de la óptica médica debía ser complementado con acciones positivas de los poderes públicos que favorecieran la inclusión social y el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos con discapacidad, lo que conecta el artículo 49 con los valores de igualdad y libertad (art. 1.1), la cláusula del Estado social (art. 1.1), la dignidad humana (art. 10.1) y el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14²⁶, cuyo contenido constitucional está integrado por el artículo 9.2 CE²⁷.

«La característica definitoria del actual artículo 49 es que no destaca su dimensión subjetiva, como titulares de derechos, sino, fundamentalmente, la dimensión objetiva en cuanto impone a los poderes públicos la realización de políticas de «previsión, tratamiento, rehabilitación e integración» a través de la «atención especializada que requieran» las personas con discapacidad. Son presentadas, por tanto, como destinatarias pasivas de dichas políticas. Sólo en el último inciso del artículo se indica que los poderes públicos las «amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Esta dimensión subjetiva aparece postergada en relación con la objetiva, aunque se incluye ya la idea de un amparo «especial», abriendo la posibilidad de medidas de acción positiva, con un carácter general, esto es,

²⁵ «Una actitud hostil o prevenida respecto de una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, suponiendo por lo tanto que posee las condiciones objetables atribuibles al grupo» (Allport, G. W. (1962) *La naturaleza del prejuicio*, Eudeba, Buenos Aires, p. 22).

²⁶ «No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciados en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación» (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4.º).

²⁷ «Este precepto, al encomendar a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, refleja la dimensión social del Estado de Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4.º).

sin precisar ámbitos concretos en los que se desarrolla. Pero lo definitorio es que incluso ese amparo «especial» para el disfrute de los derechos se vincula, en la redacción actual, a la realización de las políticas públicas médico-rehabilitadoras»²⁸.

Finalmente, debemos hacer constar que el fallido proyecto de reforma constitucional de este precepto, aprobado por el Consejo de Ministros en mayo de 2021²⁹, corregía, siguiendo a Montilla Martos, los defectos denunciados históricamente en el artículo 49: a) sustituía la oprobiosa expresión de «disminuidos» por «personas con discapacidad», más respetuosa con la dignidad humana; b) enfatiza el respeto a la libertad moral y al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos con discapacidad para forjar su propio destino vital³⁰ y c) predominio de la dimensión subjetiva, como titulares de derechos, de las personas con discapacidad: «se pretende empezar el tratamiento de las personas con discapacidad por el reconocimiento de que son titulares de derechos en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva. Como se indica en la exposición de motivos, «a partir de ahora, el protagonismo se centra en los titulares de los derechos». Las personas con discapacidad no pueden ser meras destinatarias de políticas públicas pues su protección es, esencialmente, un asunto de derechos humanos. Por ello, tienen que ser presentadas como sujetos de tales derechos y no como meros objetos de políticas sociales»³¹

²⁸ Montilla Martos, J. A. (2022) «La reforma del artículo 49 de la Constitución», *Anales de Derecho y Discapacidad. Revista científica de Derecho de la Discapacidad*, N.º especial, Año VII, p. 212.

²⁹ «Artículo 49: 1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación. 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad. 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes. 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos.»

³⁰ «Se pretende superar también la visión médico-rehabilitadora, con la que se trata a las personas con discapacidad en cuanto destinatarias de las políticas públicas de «previsión», «tratamiento» o «rehabilitación». En este sentido, el texto propuesto, más allá de presentarlas como titulares de derechos, destaca la plena autonomía personal y la inclusión social como objetivos que deben orientar la actuación de los poderes públicos en relación a las personas con discapacidad, respetando su libertad de elección y preferencia, con la participación de las organizaciones representativas y atendiendo particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad» (Montilla Martos, J. A. (2022) *op. cit.*, p. 219).

³¹ *Ibidem*, p. 219.

III. EL MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS INTERNAMIENTOS NO VOLUNTARIOS

La libertad personal o «libertad física»³² o «de conducta» (Pérez Royo) es la «autodeterminación por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita»³³ o «la facultad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones»³⁴.

Como todos los derechos fundamentales, la libertad personal tiene límites constitucionales y legales. La Constitución no se refiere al internamiento forzoso en centros cerrados por razones médicas como una forma específica de privación de la libertad personal, pero el artículo 17 CE faculta al legislador orgánico a establecer otros supuestos distintos de los previstos en este precepto constitucional —detención preventiva y prisión provisional— mediante una cláusula abierta: «en los casos y en la forma previstos en la ley»³⁵. Sin embargo, en esta materia debemos recordar el craso error técnico-jurídico cometido por el legislador al infringir la reserva de ley orgánica, prevista en el artículo 81.1 CE, con el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la LEC, por ser la norma que regula la decisión judicial del internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico. Se interpuso una cuestión de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional resolvió declarando la inconstitucionalidad del precepto sin anudar la consecuente declaración de nulidad «pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material (...) Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica»³⁶.

La interpretación de la parte noble de la Constitución —derechos fundamentales (arts. 14-29)—, efectuada por el Tribunal Constitucional, se nutre o complementa por aquellos convenios internacionales válidamente celebrados por el Reino de España sobre esta materia, por la doctrina de los Comités y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 10.2 CE). No debemos olvidar que la jurisprudencia del Alto Tribunal es fuente del derecho (art. 5.1. LOPJ) y, por tanto, los jueces y

³² ST C 120/1990, de 27 de junio, FJ 11.º

³³ STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 3.º

³⁴ STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 2.º

³⁵ «Según el art. 17.1 CE, nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstas en la Ley. Dentro de esos casos y formas ha de considerarse incluida desde luego la detención regular de un enajenado» (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 2.º).

³⁶ STC 132/2010, de 2 de diciembre, FJ 3.º Cfr. Lasarte Álvarez, C. (2012) «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)», *Diario La Ley*, Sección Tribuna.

magistrados deben interpretar y aplicar los derechos fundamentales de conformidad con la doctrina constitucional.

El instrumento jurídico internacional de referencia en el estudio de esta materia es el Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La gran aportación jurídico-política del Convenio es el tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Constituye la punta de lanza en el ámbito internacional contra la discriminación secular de este colectivo. Se caracteriza por reformular los derechos fundamentales que forman parte del acervo jurídico-constitucional de los Estados democráticos teniendo en cuenta la diversidad que presenta este grupo social, haciendo especial hincapié en la garantía de su eficacia en orden a que los Estados Parte implementen las acciones positivas oportunas que hagan posible el ejercicio autónomo de sus derechos y dejen de ser ciudadanos con un déficit de ciudadanía.

«Los principios de la presente Convención serán el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer»³⁷.

El artículo 14 del Convenio propugna la igualdad en el disfrute de la libertad personal, de modo que los ciudadanos con discapacidad «no se vean privados de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad». Debemos destacar, asimismo, que el último párrafo del precepto ordena a los Estados signatarios del Tratado a que la restricción de la libertad física se imponga en el marco de un proceso revestido de las garantías determinadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, articuladas mediante los ajustes razonables precisos en atención a las circunstancias personales del interesado. Por otra parte, el artículo 12 del Tratado parte de la premisa de que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», pero el ejercicio personal de la misma puede requerir determinados apoyos, revestidos de las salvaguardias precisas «para impedir los abusos» y que las decisiones tomadas «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona».

Igualmente, debemos señalar que el art. 5.1.e de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 permite la privación de la libertad personal por medio del internamiento involuntario de «una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo». La interpretación del precepto nos la ofrecen dos sentencias del TEDH:

³⁷ Artículo 3.

- A) En el *caso Winterwerp vs. Países Bajos* (1976) el Tribunal señala que «el Convenio no establece lo que debe ser entendido por enajenado. Este es un concepto que no se presta a una interpretación definida, pues es un término que está continuamente evolucionando como consecuencia de la investigación en el campo psiquiátrico, de la creciente flexibilidad que se está desarrollando en el tratamiento y del cambio de la actitud social con respecto a la enfermedad mental, cada vez más proclive a la comprensión de los problemas de los enfermos mentales. En todo caso, el artículo 5.1.e del Convenio no autoriza a internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se apartan de las normas predominantes en una determinada sociedad³⁸». Pero, en cambio, sí establece el Tribunal la prohibición de internamientos arbitrarios: aquéllos efectuados «en ausencia de un evidencia médica que demuestre que su estado mental es tal que justifique una hospitalización obligatoria (...) la verdadera naturaleza de lo que ha de ser demostrado mediante un objetivo informe médico es un auténtico desorden mental que requiera un internamiento obligatorio». Y, finalmente, también determina que «la validez en la continuación del internamiento depende de la persistencia de tal desarreglo»³⁹.
- B) En el *caso Van der Leer contra los Países Bajos* (1990) el Tribunal atribuyó al internamiento no voluntario las mismas garantías que a la detención, a saber, el derecho a ser informado de los motivos de la privación de libertad, el control judicial y el *habeas corpus*.

Así pues, por influjo doctrinal de la jurisprudencia del TEDH y del Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la actuación del conjunto de los poderes públicos (art. 10.2 CE)⁴⁰, en nuestro Ordenamiento jurídico la legalidad de un internamiento forzoso de una persona con enfermedad mental está sujeta al cumplimiento de tres presupuestos objetivos: a) un informe pericial médico objetivo que diagnostique una patología psiquiátrica; b) que la enfermedad sea de tal clase o grado que requiera un internamiento con fines terapéuticos o sanitarios. c) Que la persona no pueda expresar su voluntad por sí misma, ni con el sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica previsto en el art. 250 CC. Asimismo, debemos tener en cuenta que como la patología del paciente puede evolucionar favorablemente

³⁸ §37. Con esta proscripción, el internamiento en manicomios dejó de ser utilizado para reprimir a la disidencia política y apartar de la sociedad a los marginados, a aquéllos que tienen una cosmovisión diferente a la común o colectiva. Cfr. Romeo Casabona, C. M. (1991) «El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de Garantías en el Derecho Español», *Actualidad penal*, N.º 26, p. 336.

³⁹ §39 *in fine*.

⁴⁰ Nótese que en un Estado constitucional políticamente descentralizado, como es España, la panoplia de poderes públicos está integrada también por el Tribunal Constitucional y las asambleas legislativas y los gobiernos autonómicos.

es necesaria la realización de informes médicos periódicos para evaluar la situación clínica del interno, de modo que si dejan de concurrir los presupuestos habilitantes del internamiento no voluntario los facultativos deben dar de alta al enfermo de forma inmediata.

Por la misma razón jurídica, las garantías constitucionales comunes al internamiento no voluntario ordinario y de urgencia en un centro por razón de trastorno psíquico son las siguientes: a) el derecho a conocer los motivos del internamiento; b) el control judicial y c) el *habeas corpus*, previsto específicamente en el artículo 1 LO 6/1984, es un derecho ejercitable ante el juez de instrucción competente en procura de la libertad personal cuando la inactividad objetiva del órgano judicial y/o del responsable del centro de internamiento —por infracción de los plazos máximos fijados en el art. 763.1 LEC en el caso del procedimiento de urgencia— mantengan a una persona en situación de privación ilegal de libertad.

A estas garantías constitucionales hay que añadir las legales previstas en el proceso especial regulado en el art. 763.3 LEC: a) el reconocimiento del afectado por el Juez; b) la audiencia al interesado, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente o sea solicitada por el afectado; c) el informe de un facultativo designado por la autoridad judicial⁴¹; d) el derecho de defensa por medio de un abogado o un defensor judicial; e) la impugnación de la decisión judicial por medio del recurso de apelación.

El art. 17.3 CE contempla la garantía del derecho de defensa letrada específicamente para el detenido, esta exigencia, sin embargo, no se ha extendido por el legislador orgánico al caso de la «retención policial» (STC 341/1993⁴²), ni al supuesto del internamiento forzoso por razón de trastorno psíquico, rebajado a derecho de asistencia jurídica articulado de forma escalonada: «Para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene

⁴¹ Para garantizar la objetividad del procedimiento, no resulta conveniente que el informe sea emitido por un médico que integre la plantilla del centro donde se ha internado al paciente o donde se pretende ingresarlo. Se preferirá el informe del médico forense por sus notas de ecuanimidad, independencia y cualificación (Couto Gálvez, R. de, Mirat Hernández, P., Armendáriz León, C. (2007) *La protección jurídica de los ancianos*, Colex, Madrid, p.141).

⁴² «No resulta inexcusable, en el mismo sentido, que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de Abogado, garantía ésta cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido (STC 196/1987, fundamento jurídico 2.º). Ninguna de estas garantías constitucionales —recordatorio del derecho a no declarar y asistencia obligatoria de Abogado— son indispensables para la verificación de unas diligencias de identificación que, vale reiterar, no permiten interrogatorio alguno que vaya más allá de la obtención de los «datos personales» (...)» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.º c).

a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma Ley. Sin embargo, de ser el Fiscal el promotor de la medida de internamiento no podrá ser designado como su defensor, ordenando en tal supuesto el propio art. 758 LEC que se le designe un defensor judicial para que le represente; en este caso, se entiende, a los únicos efectos del procedimiento de internamiento. Dicho defensor judicial, que puede ser el representante legal del internado (si es menor de edad, quien ejerce la patria potestad; si es persona ya incapacitada por sentencia, su tutor) o sino quien designe el Juzgado, nombrará entonces abogado y procurador o solicitará al Juzgado su designación de entre los profesionales de oficio»⁴³.

Así pues, la presencia del abogado es meramente facultativa pero, en su defecto, sí es preceptiva la asistencia de un defensor judicial, que puede ser el Ministerio Fiscal o cualquier otra persona idónea. Lo cual implica un deterioro de las garantías de la libertad personal por razón del internamiento forzoso: «Es criticable que la ley no haya previsto la intervención preceptiva de abogado y procurador en los procedimientos de autorización de internamiento o de ratificación del internamiento urgente. Así, se da la paradoja de que, siendo el internamiento una medida que afecta a la libertad de las personas, al sujeto afectado se le da peor trato que a un detenido, al que, con independencia de ser o no mentalmente responsable, se le ha de nombrar necesariamente un letrado, conforme al artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consideramos asimismo que sería conveniente considerar a las personas con discapacidad o a las personas o instituciones que las representen beneficiarias del derecho a la justicia jurídica gratuita, con independencia de umbrales económicos, cuando se trate de litigar sobre derechos que incidan en dicha discapacidad»⁴⁴.

Y, finalmente, en el caso del internamiento no voluntario de urgencia se adicionan dos requisitos complementarios, a saber, uno en la fase extrajudicial: el plazo improrrogable de 24 horas para que el responsable del centro de internamiento se lo comunique al Juez; y otro en la fase de control judicial: el plazo improrrogable de 72 horas para que el órgano judicial ratifique o no la medida restrictiva de la libertad personal. Veamos.

En la denominada «fase extrajudicial del internamiento de urgencia», se deben satisfacer cuatro exigencias básicas derivadas de la libertad personal establecidas en la STC 141/2012:

⁴³ STC 22/2016, de 15 de febrero, FJ 4.º b.

⁴⁴ Vico Fernández, G. (2019) «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fasc. I, p. 123.

- 1.^a) La existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico y que el internamiento inmediato resulta urgente, necesario y proporcional⁴⁵.
- 2.^a) Información al afectado o a su representante acerca del internamiento y sus causas, en consonancia con el art. 17.3 CE⁴⁶. El Defensor del Pueblo ha establecido que «en el momento del ingreso y a fin de garantizar un conocimiento efectivo de sus derechos, se informe verbalmente y hasta donde sea comprensible a la persona afectada por la medida o a sus representantes legales y se le facilite un documento escrito en el que, en un lenguaje adaptado a su capacidad, consten los siguientes contenidos⁴⁷ (...) Dicho documento debería ser firmado por la persona afectada por la medida, indicando que la citada información le ha sido explicada y que la ha comprendido adecuadamente, así como por los profesionales del centro que hayan efectuado la información. La persona afectada deberá quedarse con copia de dicho documento»⁴⁸.
- 3.^a) La obligación indelegable del director o responsable del centro de comunicar al Juez competente el hecho del internamiento, junto con el informe médico justificativo del mismo en el plazo de 24 horas⁴⁹: «Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del

⁴⁵ FJ 5.º a.

⁴⁶ FJ 5.º b.

⁴⁷ «La fecha y hora del ingreso y de la comunicación del internamiento a la autoridad judicial, informado que el centro se encuentra obligado a dar cuenta del internamiento lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, y que la necesaria ratificación judicial habrá de efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

⁴⁸ La causa del internamiento y razones que lo motivan, indicando la necesidad y proporcionalidad de la medida; así como de los criterios aplicados en la revisión permanente de su situación, sin menoscabo del privilegio terapéutico de los facultativos.

⁴⁹ Los derechos que les asisten conforme al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (derecho de representación y defensa, derecho a ser oído ante el juez, derecho a solicitar la audiencia de otra persona que estimen conveniente, derecho a solicitar el dictamen de un facultativo de su elección, derecho a presentar recurso de apelación frente a la decisión que el tribunal adopte con relación al internamiento), y el derecho a presentar un procedimiento de hábeas corpus por él mismo, su representante legal o familiares» (Queja n.º 14022574, <https://acortar.link/rxNCcn>, fecha de consulta: 03-X-2022).

⁴⁸ Queja n.º 14022574, <https://acortar.link/rxNCcn>, fecha de consulta: 03-X-2022

⁴⁹ «La norma citada (art. 763.1 LEC) no contempla por tanto que la comunicación al órgano judicial la efectúen quienes intervienen en un momento anterior al inicio del internamiento, como sucede con el traslado del afectado al centro, tarea ésta que puede corresponder en la casuística diaria a diversidad de personas, según las circunstancias (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, o los propios parientes o conocidos de aquél)» (STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 6.º).

afectado en el interior del recinto y contra su voluntad (...) En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o familiares»⁵⁰.

En cuanto a la motivación y contenido de la comunicación que el centro debe efectuar al juez, «ante la carencia de desarrollo legislativo, sería deseable que jurisprudencialmente se establecieran unas mínimas exigencias que tuvieran en cuenta las recomendaciones dadas por el Defensor del Pueblo, y que abarcaran: a) Día y hora exacta del internamiento; b) Circunstancias del internamiento; c) Informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato, motivando la necesidad y proporcionalidad de medida y, en su caso, la evolución de su estado de salud mental y d) la duración previsible de la medida»⁵¹.

4.º) Control posterior sobre el centro: «En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido»⁵². Durante el lapso de tiempo que el órgano judicial tarde en resolver sobre la situación personal del interno, este debe permanecer en el centro en el que se encontraba y el reconocimiento judicial directo de la persona se efectuará en el propio establecimiento.

Dentro de la fase de control judicial, el juez o magistrado debe informar a la persona internada de su situación fáctica y procesal, así como de los derechos que le asisten⁵³. Asimismo, debemos destacar especialmente que en este estadio impera la garantía del plazo improrrogable de 72 horas para que el órgano judicial ratifique o no la medida restrictiva de la libertad personal, inédita hasta la aprobación de la LEC 1/2000: «(...) no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el

⁵⁰ STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5.º c.

⁵¹ López Ebri, G. A. (2019) *op. cit.*, p, 89.

⁵² FJ 5.º d.

⁵³ «a) El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento. Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas. b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él» (STC 141/2021, FJ 6.º).

internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente»⁵⁴.

Por tanto, desde el momento en que precluya el plazo de setenta y dos horas sin que haya un pronunciamiento judicial sobre el particular, el centro no tiene cobertura legal para mantener internado al paciente en contra de su voluntad, por lo que el interno o su representante pueden pedir el alta voluntaria para abandonar el centro y permanecer en libertad durante el tiempo que tarde el Juez en resolver el procedimiento de ratificación del internamiento de urgencia. En el caso de que el centro no le conceda el alta, la persona internada siempre tendrá a su disposición el procedimiento del *habeas corpus* ante el Juez de Instrucción competente.

IV. LA LONGEVIDAD PLURIPATOLÓGICA

El art. 763.1 LEC es un precepto de naturaleza orgánica porque limita la libertad física o ambulatoria. Esta disposición acusa una formulación ciertamente incompleta o insuficiente que debe ser suplida por la exégesis judicial. En efecto, la norma sólo se refiere al internamiento forzoso «por razón de trastorno psíquico»⁵⁵ con el fin de que la persona con enfermedad mental pueda recibir el tratamiento médico correspondiente en un centro psiquiátrico⁵⁶; pero no al paciente geriátrico: en las sociedades desarrolladas asistimos al fenómeno de la *longevidad pluripatológica*⁵⁷, caracterizada por el deterioro físico y cognitivo que aboca a las personas mayores en situación de dependencia a ser internadas en centros residenciales públicos o privados de carácter mixto, donde reciben prestaciones asistenciales y se efectúa el seguimiento clínico de

⁵⁴ STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 6.º c.

⁵⁵ «El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en los 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» (STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 4.º).

⁵⁶ «Las causas más frecuentes de internamiento involuntario resultan de las reagudizaciones psicóticas de esquizofrenia paranoide, las descompensaciones psicóticas secundarias ante un abandono del tratamiento, los brotes psicóticos, los cuadros maníacos, las ideas delirantes, las conductas autolíticas, los trastornos depresivos mayores, las alucinaciones, los trastornos delirantes inducidos por droga, el abandono social» (Sillero Crovetto, B. (2007) «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» en Lasarte Álvarez, C., *La protección de las personas mayores* (dir.) Madrid, Tecnos, p. 171).

⁵⁷ Pérez Galán, J.V. (2005) «Aspectos jurídicos del protocolo de ingreso en una residencia privada de asistidos», *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos*, N.º 59, p. 2, <https://acortar.link/sldqDf>, fecha de consulta: 10-VI-2022.

sus patologías crónicas o degenerativas. Estos centros presentan un diseño arquitectónico y están dotados de personal que impide la salida o el abandono voluntario de los residentes asistidos.

A finales de los años noventa y los primeros dos mil existió una aguda polémica jurisprudencial sobre la extensión de la garantía jurisdiccional (*ex art. 763.1 LEC*) a los internamientos involuntarios de ancianos en los geriátricos. Algunas Audiencias Provinciales entendían que era «un *internamiento avoluntario* (...) como una especie de *tertium genus* entre el internamiento voluntario y no voluntario, que no restringía la libertad personal»⁵⁸ porque «la motivación del ingreso [en centros geriátricos] es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos [...] Y es que el planteamiento de estas cuestiones como «privaciones de libertad» no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir, la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del tratamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente (...) Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que estar siendo controladas cada seis meses como única forma legal de regularizar una continuidad que es evidente desde el primer día y cuya alternativa (que se fuera el residente) es absurda en estos casos»⁵⁹.

Otras, en cambio, como la Audiencia Provincial de Toledo efectuaron —con buena técnica jurídico-constitucional, respaldada por el Tribunal Constitucional⁶⁰— una interpretación *favor libertatis*⁶¹ de la garantía jurisdiccional del art. 763.1 LEC: «(...) si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mucho mayor motivo se exigiría para internarlo si no lo tiene, o si el que tiene es meramente degenerativo; de igual modo que siendo exigible para un internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resulta exigible si ese internamiento no es necesario sino solo conveniente para quienes cuidan del sujeto, y se hace sin finalidades curativas sino asistenciales y con carácter indefinido, y en lugar de un centro psiquiátrico en una residencia de ancianos. Es decir, el internamiento

⁵⁸ Verda y Beamonte, J. R. de (2016) «El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el derecho español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º 4, p. 18.

⁵⁹ SSAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 24 de julio y de 19 de noviembre de 1996.

⁶⁰ Cfr. SSTC 13/2016, de 1 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio

⁶¹ Es un criterio interpretativo de los derechos fundamentales acuñado por el Tribunal Constitucional. Consiste en favorecer o potenciar la máxima eficacia y aplicación de los derechos fundamentales, proyectados sobre el conjunto del Ordenamiento jurídico, de modo que cuando una norma infraconstitucional esté imbricada con la parte noble de la Constitución (arts. 14-29) debe interpretarse de manera que pueda ejercitarse, con la mayor amplitud posible, el derecho fundamental concernido.

que aquí nos ocupa, entendemos que por sus características y por lo que atañe al artículo 17 de la Constitución española no sólo no difiere en nada de los comprendidos en el artículo 211 del Código Civil (sic art. 763 LEC), sino que, antes al contrario, reúne todas las características esenciales de aquél (privación de la libertad de una persona que no está en condiciones de decidir por sí misma) que justifican la intervención judicial y otras muchas que vienen a reforzar esa exigencia para mayor control y garantía del internamiento. Lo contrario significaría dejar al anciano que por la razón que sea no puede decidir por sí mismo, en la más absoluta desprotección, pudiendo sus hijos u otros parientes decidir por él, ingresándole de por vida, aun contra su voluntad en convivencia con los encargados de la residencia

Nos inclinamos, por tanto, por la tesis mantenida, en el sentido de considerar que por internamiento cabe entender también el internamiento asistencial, toda vez que los trastornos psíquicos no han de provenir necesariamente de una enfermedad de carácter psiquiátrico, sino que pueden comprender una enfermedad degenerativa (la demencia senil o la enfermedad de Alzheimer), o incluso de un trastorno físico que produzca consecuencias psíquicas (un traumatismo que prive al sujeto de sus facultades mentales). De otro lado, ninguna duda cabe de que lo verdaderamente significativo del centro de internamiento no es tanto su carácter psiquiátrico cuanto el que prive al internado de su facultad deambulatoria, es decir, una residencia de ancianos en la que los mismos permanecen bajo el cuidado de personas expertas (y qué duda cabe que también bajo control facultativo de cuantas enfermedades padecen) y de la que no pueden salir sin autorización, que poco o nada difiere en lo que a un enfermo de Alzheimer se refiere de un establecimiento psiquiátrico, en el que con toda probabilidad no sería siquiera admitido, precisamente porque lo que necesita es un cuidado asistencial»⁶².

En la misma línea jurisprudencial, se pronunció la Audiencia Provincial de Pontevedra: «(...) el supuesto de hecho de la norma no debe limitarse a la enfermedad mental, sino también a aquellas deficiencias y enfermedades seniles que se traducen en trastornos psíquicos padecidos frecuentemente por personas de la tercera edad, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, o la enfermedad de Parkinson y otros trastornos mentales orgánicos caracterizados por el deterioro de la memoria acompañado, en algunos casos, de disminución de otras capacidades cognitivas con déficit de la capacidad de juicio y pensamiento (...). No hay razón alguna para no extender a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías judiciales que establece el art. 763 de la LEC»⁶³.

A mayor abundamiento, el artículo 763.1 LEC alude al internamiento en un «centro», pero no especifica la naturaleza o clase del mismo, por lo que el margen interpretativo del término nos lleva a considerar, siguiendo la STC 13/2016, de 1 de febrero, que el objeto o fin del ingreso no tiene por qué ser exclusivamente terapéutico

⁶² Auto 1/2003 de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 16 de enero.

⁶³ AAP Pontevedra (Sección 6.ª), 70/2011, de 31 de marzo.

o paliativo de la enfermedad mental, sino que puede conjugar también una finalidad asistencial, como los geriátricos, que tienen un carácter mixto: «(...) si el centro dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise (...) nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el «centro» al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico»⁶⁴.

El artículo 4.2.g de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia establece que la persona en situación de dependencia «tiene derecho a decidir libremente sobre el ingreso en un centro residencial» y el artículo 6 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad refiere el principio general de autonomía o de libertad en la toma de decisiones en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, en ocasiones, las personas con discapacidad y dependientes tienen reducida su capacidad jurídica a causa de enfermedades seniles de naturaleza neurodegenerativa, por lo que requieren de personas que les presten apoyo: el guarda de hecho, el curador y el defensor judicial han de velar por que la voluntad o los deseos de la persona sean tenidos en cuenta, y cuando no sea posible que el afectado exprese sus preferencias «en el ejercicio de esas funciones representativas se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación»⁶⁵.

Desde los años noventa, sin embargo, la Fiscalía General del Estado ha denunciado graves vulneraciones de la libertad personal de las personas mayores en situación de dependencia cometidas por sus deudos en connivencia con los responsables de los centros residenciales de la tercera edad. Estos hechos nos recuerdan demasiado a los internamientos arbitrarios perpetrados durante más de cincuenta años en nuestro país bajo la vigencia del Decreto de 7 de julio de 1931: «(...) al amparo de la imposibilidad en que se halla muchas veces el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica (...) viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen disciplinario, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar

⁶⁴ STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3.º

⁶⁵ Art. 249§3 CC.

gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas»⁶⁶.

Esta alerta se ha reiterado por otras instituciones como El Justicia de Aragón, quien en 2013 incoaba un expediente de oficio (DI-1973/2013-6) fruto de «las continuas visitas que anualmente se giran a los centros y establecimientos geriátricos en orden a la protección y defensa de las personas mayores», en las que se advirtieron «unas situaciones irregulares que concurren en la mayoría de los centros residenciales visitados y que afectan al internamiento de personas mayores dependientes sin la preceptiva autorización judicial que exige la normativa aplicable»⁶⁷.

Un año después, en 2014, el Defensor del Pueblo se personó en el Centro Geriátrico «La Morenica» (Villena), centro de tipología mixta que acoge residentes con distintos perfiles asistenciales: tercera edad, con discapacidad física e intelectual y enfermos mentales crónicos. La visita, no obstante, se centró en las unidades de salud mental, en las que se observaron numerosas irregularidades que lesionaban la libertad personal de los pacientes ingresados:

- a) En vez de cursar al juzgado la solicitud de autorización de internamiento involuntario con carácter previo al ingreso del paciente, se recurría sistemáticamente al procedimiento de urgencia previsto en el art. 763.1 LEC, sin concurrir el supuesto de hecho habilitante.
- b) «Las comunicaciones de internamiento involuntario de carácter urgente que el centro efectúa a la autoridad judicial consisten en unos modelos que, además de no justificar la pretendida situación de urgencia, no aportaban apenas información sobre los motivos del ingreso, más allá de una sucinta referencia a la enfermedad (ejemplo: «enfermedad de Alzheimer») y la duración estimada de la estancia».
- c) No informar al paciente ingresado de las causas y circunstancias del internamiento.
- d) «Respecto al límite temporal del que dispone el juez para resolver en el caso de los internamientos involuntarios de carácter urgente, en todos los expedientes consultados se excedió el plazo de setenta y dos horas como mínimo en un mes, muy habitualmente más de tres meses y llegando incluso hasta el año».
- e) «Por lo que respecta al control periódico de los ingresos involuntarios, aunque el psiquiatra realiza semestralmente informes de los internos con ingreso involuntario, en las historias clínicas se observaron algunos de sus informes de entre 2 y 3 meses de antigüedad en sobres destinados al juzgado que no habían sido tramitados»⁶⁸.

⁶⁶ Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1990, de 7 de mayo, sobre el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, p. 1.

⁶⁷ <https://acortar.link/C7cZf>, fecha de consulta: 08-V-2022.

⁶⁸ Queja n.º 14022574, <https://acortar.link/rxNCcn>, fecha de consulta: 18-VI-2022.

Y, en fin, hasta el propio Tribunal Constitucional en 2016 ha incidido en esta grave problemática social y constitucional: «La demanda de amparo hace referencia a un caso concreto, el de doña M.R.S., cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial»⁶⁹.

Ante esta situación de ilegalidad, la Fiscalía ha intentado en alguna ocasión la «regularización» de internamientos involuntarios que en su origen conculcaron la libertad personal de los internos al no constar la autorización judicial exigida por el art. 763.1 LEC, mediante una ratificación judicial solicitada fuera del plazo legal de las primeras veinticuatro horas (art. 763.1§2 LEC).

El Tribunal Constitucional ha desestimado esta pretensión en las Sentencias 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio. La preclusión del plazo fijado en el art. 763.1 LEC no es un defecto formal que pueda ser corregido después mediante el procedimiento de urgencia previsto en el mismo precepto, sino que constituye un vicio sustantivo que invalida el internamiento y vulnera la libertad personal del interno: «(...) no resulta posible hablar de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, un centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (...) No cabe «regularizar» lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE)»⁷⁰.

Así, pues, la Fiscalía debe buscar otro título jurídico habilitante en virtud del cual el juez pueda ratificar la situación residencial en la que la persona se encuentra, toda vez que una persona en situación de dependencia severa no puede ser puesta en libertad por constituir un delito de abandono previsto en el art. 226 CP.

Así las cosas, como bien apunta la Fiscalía General del Estado, «declarada la vulneración, el órgano judicial, antes de acordar la puesta en libertad, debe proceder —en todo caso— a evaluar la situación personal del afectado por el internamiento y comprobar si es necesaria una medida de protección jurídica o de apoyo»⁷¹. En efecto, fracasada, por inconstitucional, la tentativa de legalización del internamiento por la vía del procedimiento de urgencia, es preciso un informe del médico forense acerca

⁶⁹ STC 34/2016, de 29 de febrero, FJ 5.º

⁷⁰ STC 34/2016, de 29 de febrero, FJ 5.º

⁷¹ Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, p. 13.

del estado psicofísico del interno con el fin de que la autoridad judicial acuerde su puesta en libertad, si es posible que viva en régimen abierto con la asistencia de un guardador de hecho (familiar), o mantener el internamiento en base a un nuevo título jurídico.

Así, antes de la profunda reforma civil y procesal introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, los justos títulos en los que podía sustentarse la continuidad del internamiento residencial eran esencialmente dos:

- 1.º) Al amparo de las medidas de control, vigilancia y protección previstas en el art. 158 CC en conexión con el art. 216.º2 CC, el juez podía mantener a la persona con dependencia interna en el centro residencial por así requerirlo su situación clínica, siempre que hubiera sido modificada judicialmente su capacidad de obrar (art. 760 LEC) o a pesar de estar incurso en la causa de incapacitación (art. 200 CC) ésta resultase desproporcionada o innecesaria, de conformidad con el art. 12.4 del Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como medida de protección autónoma cuya vigencia se podría prolongar mientras se mantuviese la situación de guarda de hecho.
- 2.º) También se podía acordar la medida de protección de internamiento en centro cerrado por la vía de las medidas cautelares del procedimiento de incapacitación (art. 762 LEC), en el caso de que se considerase la solución jurídica apropiada a la situación psicofísica del interesado⁷².

Tras la reforma efectuada por la Ley 8/2021, se ha derogado la institución de la incapacitación legal y de la tutela y se ha reforzado la autonomía individual de las personas con diversidad funcional mediante un nuevo paradigma de la discapacidad basado en los derechos humanos, «esto supone colocar en el centro del modelo a la propia persona con discapacidad en cuanto titular y sujeto de derechos. Se reconoce en este nuevo modelo su capacidad para tomar sus propias decisiones por sí mismas, con apoyos cuando los precisen y, por último, a través de quien le represente cuando sí, pese a haberse llevado a cabo un esfuerzo considerable, no hubiera sido posible comprender la voluntad de la persona concernida. En todo caso, quienes presten asistencia o actúen con facultades de representación, deberán atender a la voluntad, deseos y preferencias de las que reciban los respectivos apoyos»⁷³. Sin embargo, hay determinados actos de trascendencia personal y patrimonial que en ningún caso podrán ser decididos por las figuras jurídicas de apoyo como son los previstos en el

⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 14.

⁷³ Torres Costas, M.ª E. (2022) «La firma del contrato de ingreso en residencia por el guardador de hecho a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Anales de Derecho y Discapacidad. Revista científica de Derecho de la Discapacidad*, N.º 7, Año VII, p. 36.

artículo 287 CC, entre los que se encuentra el internamiento, que siempre requerirá la autorización judicial previo o la ratificación posterior en el supuesto de urgencia⁷⁴.

En estos casos, la residencia geriátrica debe seguir ejerciendo la función de guardadora de hecho de la persona afectada (art. 263 CC), sin perjuicio de que se incoe por el Ministerio Fiscal (art. 762.1 LEC) un procedimiento de provisión de apoyos para determinar la procedencia de la curatela o del defensor judicial, en el que se podrá adoptar, de oficio o instancia de parte, por la autoridad judicial la medida del internamiento forzoso.

Desde comienzos de siglo, asistimos a una profundización del sistema democrático que se proyecta en un cambio de paradigma en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos que ha enfatizado la libertad moral. La omnisciencia y el paternalismo estatista se han atemperado en favor de la autonomía de la voluntad del individuo, que emerge vigorosa para tomar las decisiones personalísimas de su vida.

El reflejo legislativo del reforzamiento de la libertad individual resulta evidente: el divorcio y el aborto libres, la eutanasia, la negativa a recibir un tratamiento médico, el testamento vital y en materia del derecho de familia se han producido avances notables:

- 1.º) «Los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores» (art. 201 CC).
- 2.º) La adopción en escritura pública de medidas voluntarias de apoyo en previsión de encontrarse en el futuro en una situación clínica en la que tenga limitada su capacidad de obrar para tomar decisiones sobre su persona y patrimonio. En esta declaración, además de señalar la persona o personas que le asistirán y de otorgarles, en su caso, un poder de representación legal, podría manifestar también su preferencia o voluntad de ingresar en un centro residencial de la tercera edad (art. 255 CC)⁷⁵.

⁷⁴ Torres Costas propone una sorprendente interpretación conciliadora del art. 763 LEC y el sistema de apoyos al ejercicio capacidad jurídica introducido por la Ley 8/2021: «Se trataría de seguir el cauce procesal del artículo 763 LEC para averiguar cuál hubiera sido la voluntad de la persona de haberla podido expresar por sí misma, según ordena el vigente artículo 249 CC. En caso de resultar acreditado en el procedimiento judicial que, teniendo en cuenta las circunstancias actuales, la persona concernida hubiera optado por ingresar en un centro y no permanecer en su domicilio, entonces procedería la autorización judicial de ingreso. Si, por el contrario, del resultado de la prueba practicada con la finalidad de analizar su trayectoria de vida, creencias, valores o factores que ella hubiera tenido en cuenta para tomar su propia decisión, de haberlo podido hacer, se concluyese que, bajo ninguna circunstancia hubiera querido ingresar en centro, la autorización judicial debería denegarse» (*ibidem*, p. 40).

⁷⁵ «Si la voluntad anticipada cada vez tiene un mayor peso en el Derecho Civil y en el Derecho sanitario, precisamente en previsión de la pérdida de capacidad futura, ese consentimiento previo debe poder desplegar su eficacia tras la pérdida de capacidad cognitiva» (Navarro-Michel, M. (2019) «El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial», *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas bioéticas*, N.º 45, p. 248).

V. EL JUICIO PONDERATIVO

El internamiento forzoso es una medida restrictiva de la libertad personal que puede acordarse por la autoridad judicial con carácter previo al ingreso en el centro psiquiátrico o residencial, siempre que sea preciso proveer al interesado de un tratamiento médico específico o de asistencia y cuidados integrales y su estado psicofísico no le permita decidirlo por sí mismo ni tampoco pueda ejercitar su capacidad jurídica mediante el sistema de apoyos previsto en el Código Civil.

Por otra parte, el art. 763.1 LEC permite también la ratificación judicial del internamiento forzoso de urgencia, término éste que, según la Fiscalía General del Estado, hace referencia a «una intervención inmediata e ineludible»⁷⁶ cuando la situación clínica del paciente comporte un riesgo grave e inminente de sufrir un notable deterioro de sus facultades psicofísicas.

Nótese que el criterio del riesgo para la vida o la integridad de terceros, tan utilizado en nuestra legislación histórica bajo la denominación de «peligrosidad social», no puede justificar por sí solo el internamiento involuntario de una persona con trastorno mental. La razón reside en que implica una evidente discriminación, «ya que en el caso de una persona con conductas violentas o agresivas —no delictuales— pero que no padece trastorno psíquico no se aplica una medida privativa de libertad. Es necesario pues un «plus» para justificar el ingreso de pacientes con trastornos psíquicos que constituyen un riesgo para terceros. Ese «plus» es el beneficio del afectado. No cabe el internamiento de una persona con el solo fin de apartarlo de la sociedad (con meros fines preventivos o de mera custodia o vigilancia) es preciso que —además— el internamiento —a través de la intervención terapéutica— redunde en beneficio del afectado»⁷⁷.

En los casos urgentes, hay un guardador de hecho —la residencia geriátrica o el centro psiquiátrico—, cuyo director debe comunicar razonadamente al juez en el plazo máximo de 24 horas los motivos clínicos del internamiento y la asunción de la guarda y custodia al objeto de que la autoridad judicial proceda, en su caso, «a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal»⁷⁸.

En este breve espacio de tiempo, el juez debe incoar un proceso con las garantías procesales previstas en el art. 763.3 LEC y después dictar una sentencia que resuelva el conflicto jurídico, revestido de trascendencia constitucional por afectar al derecho fundamental a la libertad personal.

⁷⁶ Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, p. 8.

⁷⁷ Barrios Flores, L. F. (2012) «El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio», *Revista de la Asociación Española de Neuropsicología*, Vol. 32, N.º 116, p. 834.

⁷⁸ Art. 763.1§2.

La jurisprudencia del Alto Tribunal impone al órgano jurisdiccional «un deber de motivación reforzado [juicio ponderativo] en aquellas resoluciones que limitan el contenido esencial de un derecho fundamental sustantivo por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE»⁷⁹.

Así, pues, el Tribunal Constitucional establece un canon de constitucionalidad más exigente que no se satisface simplemente con «resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, por contener una fundamentación que exprese razones —de hecho y de Derecho— por las que el órgano judicial acuerda una determinada medida, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de la decisión adoptada. En estos casos, nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar que los órganos judiciales efectuaron una interpretación de dichos derechos y que ésta no fue irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea ya que aquí el derecho afectado no es el del art. 24 CE, sino un derecho fundamental sustantivo. Cuando se enjuicia la presunta vulneración de un derecho sustantivo, el criterio de razonabilidad que este Tribunal aplica a los derechos del art. 24 CE queda absorbido por el canon propio de aquel derecho»⁸⁰.

En efecto, la doctrina constitucional es clara en afirmar que los conflictos entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes, derechos o intereses jurídicos protegidos por el Ordenamiento deben ser resueltos mediante un juicio ponderativo. El juicio ponderativo «es una forma de poder decisorio; la naturaleza de la ponderación no es propiamente interpretativa, puesto que su sentido no es tanto atribuir un significado a las disposiciones que expresan los principios que integran la colisión —una operación ésta que habrá debido realizarse previamente—, cuanto emitir un juicio de valor comparativo cuyo resultado es la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión»⁸¹.

El conflicto jurídico-constitucional puede presentar una fisonomía diferente en función de que se trate de una persona con dependencia, aquejada de un patología neurodegenerativa grave, a la que se pretende internar en un centro residencial, en cuyo caso el conflicto constitucional estriba entre la libertad personal y la necesidad de recibir una prestación esencialmente asistencial para garantizar una calidad de vida digna, sin perjuicio de que se efectúe un seguimiento clínico de su enfermedad senil; o sea una persona que presente una patología psiquiátrica que exija un tratamiento médico inmediato, en este caso habrá una colisión entre la libertad personal y la tutela de la salud mental del interesado; y si la sintomatología de la enfermedad implica, además, un riesgo para la vida e integridad propia o de terceros, entrarán en conflicto también estos derechos fundamentales.

⁷⁹ STC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4.º

⁸⁰ STC 126/2003, de 30 de junio, FJ 5.º

⁸¹ Arroyo Jiménez, L. (2009) «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, N.º 2, pp. 8 y 9.

Así, pues, la ponderación o el juicio ponderativo es un tipo cualificado de argumentación jurídica —«motivación reforzada»⁸²— imprescindible para la tutela judicial de los derechos fundamentales, de modo que su ausencia implica la vulneración del propio derecho fundamental afectado. En el supuesto de internamiento forzoso en un centro, el propio Tribunal Constitucional ha subrayado la relevancia de los requisitos de necesidad y proporcionalidad:

«Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión»⁸³.

En efecto, en cuanto a la necesidad de la medida de internamiento, la autoridad judicial debe verificar que la medida restrictiva de la libertad personal sea imprescindible para satisfacer la finalidad legítima de carácter asistencial, terapéutica y/o tuitiva. De modo que si hay alternativas que permitan obtener el mismo resultado con una menor o nula afectación del derecho fundamental, el internamiento forzoso debe descartarse. Aquí habrá que valorar la eficacia de los tratamientos médicos ambulatorios o la gestión de apoyos con ayuda domiciliaria o un guardador de hecho, «generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables»⁸⁴, pero siempre en función de las circunstancias personales y familiares del interesado.

Y, en relación a la proporcionalidad de la medida, el juez debe analizar y ponderar de forma motivada los beneficios y perjuicios que irrogará la medida al afectado y, en su caso, a terceros. Entre los primeros debe atenderse a la situación clínica del paciente, al grado de eficacia de las acciones terapéuticas o asistenciales que se van a poder implementar en el centro y, en su caso, la protección de la integridad propia o de terceros; el objetivo es conseguir la máxima asistencia humana y terapéutica posible con la menor limitación de los derechos del interno.

Por otra parte, resulta claro que los perjuicios se dirigen hacia la restricción de la libertad personal, pero ésta debe acotarse al tiempo mínimo imprescindible para cumplir su finalidad legítima y siempre fiscalizada por la autoridad judicial mediante controles periódicos. De modo que este juicio ponderativo deberá repetirse cada

⁸² STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 7.º c.

⁸³ STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 7.º c.

⁸⁴ Preámbulo de la Ley 8/2021, §3.

vez que el Juez reciba los informes facultativos de control del interno, en orden a verificar que la restricción de libertad física sigue siendo constitucionalmente legítima, sin perjuicio de que los médicos que lo atiendan tengan plena autoridad para dar el alta o dejar en libertad a la persona asistida y/o tratada siempre que haya recuperado sus facultades volitivas e intelectivas, circunstancia bien extraordinaria en el caso de las patologías neurodegenerativas (art. 763.4 LEC).

VI. CONCLUSIONES

El modelo social de la discapacidad y de la dependencia ha influido decisivamente en la configuración de una eficaz tutela internacional y constitucional de los derechos fundamentales de las personas con diversidad funcional, con el fin de garantizar el principio de autonomía o libertad en la toma de decisiones, la igualdad de oportunidades y de corregir los abusos seculares de los que han sido víctimas a manos de sus familiares y de las instituciones públicas y privadas.

El Ordenamiento jurídico español trata de conciliar la necesaria protección de la salud, la vida y la integridad física y moral de los ciudadanos con discapacidad y dependientes con la tutela de su libertad personal en orden a impedir o reprimir internamientos arbitrarios. Resulta destacable la nueva regulación jurídica en la materia, introducida por la Ley 8/2021, que permite garantizar de una manera más eficaz la autonomía de la voluntad y los intereses jurídicos de las personas con discapacidad mediante un conjunto de sistemas de apoyo, con los que se prioriza la voluntad del interesado y, en todo caso, el respeto a sus deseos y preferencias —bien expresadas en el presente o referenciadas en tiempos pretéritos—, de modo que las funciones representativas sean excepcionales y siempre en sintonía con la forma de vida y la cosmovisión del afectado.

El fenómeno social de la *longevidad pluripatológica* y la necesidad imperiosa de cuidados y asistencia de las personas mayores en situación de dependencia no puede, en ningún caso, implicar la dilución del principio de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y de las garantías constitucionales y legales de la libertad personal, ni justificar en modo alguno internamientos forzosos al margen del control judicial. Por otra parte, la vía de las «regularizaciones» debe ser excepcional, dado que parte de una previa situación ilegal de privación de libertad, proscrita en nuestro Ordenamiento. El mantenimiento del internamiento residencial debe ser el último recurso cuando la situación clínica del paciente acredite su incompetencia para prestar un consentimiento válido en Derecho, ni aun con la asistencia de alguna de las figuras de apoyo, y requiera de una asistencia integral y permanente, incompatible con cualquier otra medida menos invasiva en su libertad física.

Finalmente, debemos incidir en la inaplazable necesidad de controlar de forma efectiva los ingresos en los geriátricos por parte de las administraciones autonómicas, competentes en materia residencial y de asistencia social, al objeto de verificar la

correspondiente intervención judicial en los internamientos ordinarios y urgentes de personas que no pueden ejercitar válidamente su capacidad jurídica para decidirlo por sí mismas, de modo que la libertad personal de nuestros mayores sea tutelada convenientemente y no quede a la libre disposición o interés de terceros.

Title:

The protection of personal freedom in non-voluntary internment in geriatric residences

Summary:

I. INTRODUCTION. II. HISTORICAL-LEGISLATIVE BACKGROUND. II.1. The institutional stage. II.2. The scientific stage. II.3. The deinstitutionalizing and integration stage. III. THE LEGAL-CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF INVOLUNTARY INTERNMENT. IV. THE *PLURIPATHOLOGICAL LONGEVITY*. V. THE WEIGHING JUDGMENT. VI. CONCLUSIONS.

Resumen:

Desde hace años, se vienen denunciando graves irregularidades por la Fiscalía General del Estado, el Defensor del Pueblo, sus homólogos autonómicos y el propio Tribunal Constitucional en el ingreso de personas con discapacidad y dependientes en residencias, que están vulnerando su libertad personal, su derecho a la igualdad, al libre desarrollo de su personalidad y, en suma, a forjar libremente su destino vital.

Este trabajo tiene por objeto estudiar, a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, los presupuestos objetivos y las garantías constitucionales y legales de los internamientos no voluntarios de las personas mayores en situación de dependencia en centros geriátricos, que tienen unas características específicas debido a la naturaleza de sus patologías y una gran incidencia social provocada por el fenómeno de la *longevidad pluripatológica*. El ingreso libre y voluntario en las residencias o geriátricos no plantea problemas jurídicos cuando el deterioro físico o la dependencia funcional del anciano no llevan aparejada una disminución de las facultades cognitivas, o cuando esta se produzca pueda ser compensada por el sistema de apoyos previsto en la Ley 8/2021, de modo que la decisión sea tomada libremente por la persona afectada, pero sí en dos supuestos en los que no se puede garantizar la autonomía de la voluntad del interesado: a) la demencia sobrevenida o la falta de capacidad sobrevenida se producen cuando el residente, fruto de una enfermedad senil crónica o degenerativa, pierde sus facultades

intelectivas y volitivas y no puede decidir sobre su continuidad en el centro; y b) cuando se produce un internamiento de una persona que ya carece de la capacidad jurídica precisa para regir su propia vida y patrimonio.

Adviértase que un geriátrico no es una unidad de salud mental, por lo que no serán objeto de estudio los problemas constitucionales que plantea el uso, en ocasiones necesario y proporcional, de los sistemas de contención mecánica y farmacológica en los ingresos no voluntarios en estos establecimientos sanitarios; ni tampoco se analizará la utilización de los mismos en los centros residenciales de mayores, a los que se refiere la Instrucción 1/2022, de la Fiscalía General del Estado.

Finalmente, examinaremos en este trabajo las soluciones jurídico-constitucionales que se pueden arbitrar, en el marco de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para «regularizar» los internamientos ilegales realizados, en unos casos, a causa del desconocimiento por parte de los responsables del geriátrico del procedimiento judicial previsto en la LEC; en otros, por la connivencia entre los directores de los centros residenciales y los familiares, pero en todos los casos la incuria de la Administración autonómica competente en la materia ha sido la colaboradora necesaria, al no haber efectuado los controles precisos para garantizar la libertad personal de los residentes.

Abstract:

For years, serious irregularities have been reported by the State Attorney General's Office, the Ombudsman, their regional counterparts and the Constitutional Court itself in the admission of people with disabilities and dependents in nursing homes, which are violating their personal freedom, their right to equality, to the free development of their personality and, in short, to freely forge their life destiny.

The purpose of this paper is to study, in the light of the reform introduced by Law 8/2021, of June 2, the objective assumptions and constitutional and legal guarantees of non-voluntary placement of dependent elderly people in geriatric centers, which have specific characteristics due to the nature of their pathologies and a high social incidence caused by the phenomenon of pluripathological longevity.

Free and voluntary admission to nursing homes does not pose legal problems when the physical deterioration or functional dependence of the elderly person does not entail a decrease in cognitive faculties, or when this can be compensated by the system of support provided for in Law 8/2021, so that the decision is taken freely by the person concerned, but in two cases in which the autonomy of the will of the person concerned cannot be guaranteed: (a) supervening dementia or supervening lack of capacity occurs when the resident, as a result of a chronic senile or degenerative disease, loses his intellectual and volitional faculties and is unable to decide on his continuity in the center; and (b) when there is an internment of a person who already lacks the legal capacity necessary to govern his own life and estate.

It should be noted that a nursing home is not a mental health unit, so the constitutional problems raised by the use, sometimes necessary and proportional, of mechanical and pharmacological restraint systems in non-voluntary admissions to these health facilities will not be the object of study; nor will the use of the same in residential centers for the elderly, referred to in Instruction 1/2022, of the State Attorney General's Office, be analyzed.

Finally, we will examine in this paper the legal-constitutional solutions that can be arbitrated, within the framework of Law 8/2021, of June 2, to «regularize» the illegal placements carried out, in some cases, due to the lack of knowledge on the part of those responsible for the nursing home of the judicial procedure foreseen in the LEC; in others, due to collusion between the directors of the residential centers and the family members, but in all cases the negligence of the autonomous Administration competent in the matter has been the necessary collaborator, not having carried out the necessary controls to guarantee the personal freedom of the residents.

Palabras clave:

libertad personal, garantías, control judicial, internamiento no voluntario, longevidad pluripatológica, juicio ponderativo

Key words:

personal liberty, guarantees, judicial control, non-voluntary internment, multi-pathological longevity, weighing judgment.