

Expte.

DI-1973/2013-6

**EXCMO. SR. CONSEJERO DE SANIDAD,
BIENESTAR SOCIAL Y FAMILIA
Via Universitat, 36
50071 ZARAGOZA**

SUGERENCIA

Primero.- Una de las principales actuaciones que la Institución realiza de oficio en la protección y defensa de las personas mayores se centra en las continuas visitas que anualmente se giran a los centros y establecimientos geriátricos, sean públicos, privados o de carácter social, para personas válidas o asistidas. Esto nos permite entrar en contacto directo con los residentes, comentar su situación y recoger sus sugerencias así como las problemáticas que nos plantean. También es un instrumento para conocer de forma neta los centros, su configuración y funcionamiento así como los servicios que prestan, estando especialmente atentos no sólo a sus condiciones materiales sino también a la atención que se dispensa a los usuarios y al respeto de sus derechos.

Segundo.- Así, se ha resuelto incoar el presente expediente de oficio para poner de manifiesto unas situaciones irregulares que hemos venido detectando 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.

Así, dispone el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo siguiente:

“Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona

que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

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

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

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

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

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

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la

medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

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

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

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

Tercero.- En esta materia, resulta de interés el pronunciamiento efectuado por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, señalando a tales efectos lo siguiente:

“... se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado.

Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, 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 gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas.

Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica.

Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico que, en consecuencia, debe primar sobre cualquier condición, siempre, claro es, que

se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente; en este supuesto, es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar por este último durante el tiempo que dure el internamiento, sin que puedan imponerse al internado más restricciones que las derivadas del reglamento de régimen interno, que deberá estar aprobado por la Autoridad administrativa correspondiente, y las derivadas del respeto mutuo que exige la convivencia con otras personas.

En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia.

Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y, en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado.

En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la autoridad judicial para que ésta dicte la correspondiente autorización judicial.

... De cuanto antecede se desprende que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, debe ser totalmente proscrita.”

Cuarto.- También las sentencias de nuestros tribunales suelen recoger este criterio con base en los siguientes fundamentos de derecho:

“... Lo que, a la postre, se pretende y está en juego no es sino el internamiento en establecimiento cerrado de persona que no está en condiciones de consentir o decidir por sí misma sobre su ingreso y permanencia en el centro, lo que da lugar a que ese internamiento sea decidido por terceros sin o contra su voluntad, y ello, quiérase o no, supone una privación de libertad y como tal se hace acreedora de las garantías que establece el art. 17.1 de la CE y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y bajo tal perspectiva debe ser interpretado el art. 763 de la LEC.

... El hecho de que se trate de un centro especializado en tratamiento geriátrico no sirve para rechazar <a priori> la posibilidad de un ingreso psiquiátrico, cuando lo relevante es el estado del enfermo que sufre de padecimientos que le imposibilitan de decidir por sí. E independientemente de que también en los centros de la tercera edad se realizan cuidados y se puede proporcionar tratamiento médico y farmacológico de control de las enfermedades psiquiátricas con personal específico, dentro de un grado que no exija el ingreso en otros centros más especializados.

... lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto. Y ello en el entendimiento, como es lógico, de que cuando se habla de internamiento, lo es con referencia a establecimientos en los que existen barreras, físicas o personales, que impidan su abandono voluntario y libre.

... De los geriátricos cabe afirmar que son a la vez centros de internamiento asistencial que, en ocasiones, proporcionan asistencia clínica, de ahí su carácter mixto... Si la persona de que se trata, además de su avanzada edad, la razón de su acogida es que padece una enfermedad o trastorno mental, que determina a priori la posibilidad de que nos encontramos ante un presunto incapaz, resulta al igual que ocurre con otros padecimientos psíquicos que debe ser autorizado judicialmente su internamiento.

... El trastorno psíquico a que la ley se refiere 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.”

(SS. AP Pontevedra -16/9/2011- 21/6/2011, AP Valencia -30/5/2011- 6/5/2002, AP Segovia -27/3/2000-)

Quinto.- Como referencias normativas, podemos señalar el art. 14 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de

2006, a cuyo tenor *“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas 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 libertad”*.

Y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que en su artículo 4º regula, entre sus derechos, el de *“decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial”* y el del *“ejercicio pleno de sus derechos en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”*.

En el campo autonómico, varios ordenamientos han abordado el problema de los internamientos en geriátricos y su necesario control. Así, en el Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) se exige autorización judicial cuando la persona voluntariamente internada se halla en una situación que no le permite decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento; y el Decreto 145/1990, de 3 de mayo, por el cual se definen los establecimientos y servicios de acogida residencial de servicios sociales para personas de la tercera edad y se fijan los criterios prevalentes de acceso, establece como condición previa para efectuar el ingreso la previa y libre manifestación de voluntad de la persona de ingresar. Si del informe médico se desprende la existencia de una presunta causa de incapacidad, será necesaria la autorización judicial previa al ingreso. En Andalucía, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas mayores dispone que ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso. Y en términos similares se pronuncia la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección a las Personas mayores de Castilla y León.

En el ámbito de nuestro Derecho Civil, señala el artículo 36 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de <<Código del Derecho Foral de Aragón>>, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas:

“Para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial. Nadie podrá ser obligado a permanecer internado, salvo si media

autorización judicial en tal sentido”.

No obstante, la Orden de 21 de mayo de 2010, del Departamento de Servicios Sociales y Familia, por la que se regula el régimen de acceso y adjudicación de plazas de servicio de ayuda a domicilio, centros de día, centros ocupacionales y residencias ofertadas por el Gobierno de Aragón, no recoge ninguna prescripción al respecto ni pormenoriza esta cuestión, haciendo únicamente referencia, al establecer el régimen de ingreso en este tipo de centros, a que *no se podrá acceder padeciendo enfermedad infecto-contagiosa en fase aguda ni con trastornos mentales graves que puedan afectar la normal convivencia dentro del centro*, así como a que *el interesado suscribirá un contrato en el que constará la aceptación expresa de las normas de organización y funcionamiento así como sus derechos y obligaciones como usuario* (artículo 16). No se prevé, pues, que la persona mayor que ingresa en la residencia no se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento válidamente y la forma de actuar en estos casos, siendo que en la mayoría de los casos los usuarios son presuntos incapaces.

Sexto.- Esta Institución, ya en el “Informe Especial sobre la situación de las residencias para personas mayores en Aragón”, elaborado en el año 2007, reflejó diversas consideraciones sobre esta cuestión:

<< El ingreso de un anciano en una residencia geriátrica ha de venir reflejado en un contrato al efecto que la Administración ha de conocer y aceptar. Si bien durante años esta formalidad no se cumplía en la mayoría de los centros privados y sociales, actualmente la falta de esta documentación es excepcional.

Llama la atención que en este tipo de documentos, visados por la entidad pública, suele estar prevista la firma indistinta del usuario o de la persona que se responsabiliza de él. A estos efectos, es opinión de esta Institución y así se les hace saber a los responsables correspondientes que si la persona que va a ocupar la plaza no está legalmente incapacitada, el contrato debería suscribirlo en todo caso el propio usuario, pues el ordenamiento jurídico le presume capaz para realizar todo tipo de actos y contratos mientras no sea incapacitado en virtud de sentencia judicial y se le nombre un tutor que ostente su representación legal.

En este sentido, indicar que son excepcionales los casos de residentes que han sido declarados judicialmente incapaces, a pesar de padecer enfermedades o deficiencias claramente invalidantes. Ello suele obedecer a la reticencia de las familias para iniciar el proceso sobre la base de un desconocimiento general acerca del contenido y efectos de esta institución protectora. Por otra parte, la desconfianza que, en mayor o menor medida, presentan los propios ancianos hacia terceros hace que deleguen en sus familiares las firmas necesarias, según nos han comentado en algunos centros, prefiriendo el usuario que suscriba el documento alguna persona de su confianza antes que él mismo.

Ante todo ello, el Justicia realiza una labor de información general sobre la situación jurídica de los residentes. Comentamos con los directores sus funciones como guardadores de hecho de los usuarios y su obligación de poner en conocimiento de la Fiscalía la situación de los residentes que presentan imposibilidad de valerse por sí y atender su cuidado y el de su patrimonio. En las residencias públicas, se suele comunicar de oficio al Ministerio Público la existencia de una presunta causa de incapacidad en cualquiera de los residentes, acompañando la comunicación de los informes médicos y sociales de los trabajadores del centro al efecto. Y es que si la familia no existe o no quiere actuar, ha de ser el Ministerio Fiscal el que ha de instar la incapacitación y consiguiente nombramiento de la institución protectora adecuada: un tutor, un curador o un defensor judicial.

Hay que tener en cuenta que el mero hecho del ingreso de una persona en una residencia requiere la prestación de su válido consentimiento, pues se encuentra afectado su derecho a la libertad personal. Si esta persona no consiente o no se encuentra en condiciones de prestar ese consentimiento nadie puede suplir su voluntad, debiendo ser la autoridad judicial la que se constituya en garante del anciano y autorice en su caso ese internamiento. De hecho, si la persona está incapacitada incluso el propio tutor ha de solicitar esa autorización del juez para proceder al ingreso, no pudiendo por el hecho de ser el representante legal del incapaz prescindir de esa garantía que afecta a un derecho personalísimo del afectado (artículo 271 del Código Civil).

También puede ocurrir, y en la práctica sucede frecuentemente, que una persona ingrese voluntariamente en un centro y con posterioridad vaya sufriendo un deterioro de sus funciones psíquicas que exijan, igualmente, una intervención judicial a fin de garantizar el respeto de sus derechos. A este respecto, en nuestras visitas hemos detectado que, por norma general, los encargados de gestionar las residencias privadas no suelen querer inmiscuirse en una decisión que, a su entender, corresponde exclusivamente al ámbito familiar.>>

Séptimo.- Por todo ello, teniendo en cuenta el régimen de este tipo de centros, que implica de hecho la privación de libertad de las personas allí atendidas, esta Institución considera que la ausencia de autorización judicial en estos internamientos implica una vulneración de sus derechos y una ausencia de las garantías que deben presidir la citada privación, cuando la persona en cuestión no se encuentra en condiciones de prestar válidamente su consentimiento.

RESOLUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente **Sugerencia**:

Primera.- Que se revise la normativa reguladora del ingreso y estancia en residencias para personas mayores, a fin de adaptarla a las consideraciones expuestas sobre la necesaria autorización judicial en los casos en que el usuario no esté en condiciones de prestar válidamente su consentimiento para el internamiento.

Segunda.- Que los servicios de inspección de ese Departamento verifiquen el cumplimiento de estas prescripciones, informando en su caso a las personas encargadas de los centros del contenido de esta resolución, a fin de que soliciten la autorización judicial para el internamiento en los casos que proceda.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 13 de noviembre de 2013

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE

