



Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada

Javier Martínez Calvo

*Profesor ayudante doctor (acred. contratado doctor) de Derecho Civil.
Universidad de Zaragoza.*

javiermc@unizar.es | <https://orcid.org/0000-0001-9658-6744>

Extracto

El aumento de la esperanza de vida y el desarrollo de enfermedades asociadas a la senectud ha provocado que cada vez sean más las personas de edad avanzada necesitadas de asistencia. En muchos casos sus familiares no pueden prestarles eficazmente los cuidados de los que precisan, por lo que se ven obligados a delegar dicha tarea en terceras personas, ya se trate de cuidadores profesionales o de centros especializados. La jurisprudencia más reciente ha considerado que el internamiento asistencial de personas de edad avanzada que carecen de capacidad para consentirlo ha de llevarse a cabo siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, lo que en la práctica plantea diversos problemas, especialmente en lo que concierne a la concurrencia de los requisitos sustantivos y al cumplimiento de las garantías previstas en dicho precepto, así como a la necesidad de revisar todas las medidas de internamiento adoptadas prescindiendo del mencionado procedimiento.

Palabras clave: internamiento asistencial involuntario; edad avanzada; discapacidad.

Fecha de entrada: 29-04-2021 / Fecha de aceptación: 10-06-2021

Cómo citar: Martínez Calvo, J. (2021). Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada. *Revista CEFLegal*, 247-248, 5-36.





Practical problems of the involuntary care confinement of elderly people

Javier Martínez Calvo

Abstract

Increased life expectancy and the development of diseases associated with old age have meant that more and more elderly people are in need of care. In many cases, their relatives are unable to provide the care they need effectively and are forced to delegate this task to third parties, be they professional carers or specialised centres. The most recent case law has considered that the care confinement of elderly people who lack the capacity to consent to it must be carried out following the procedure set out in article 763 of the Civil Procedure Act for involuntary confinement due to mental disorder, which in practice poses various problems, especially with regard to the concurrence of the substantive requirements and compliance with the guarantees provided for in that precept, as well as the need to review all confinement measures adopted without the aforementioned procedure.

Keywords: involuntary care confinement; elderly; disability.

Citation: Martínez Calvo, J. (2021). Problemas prácticos que plantea el internamiento asistencial involuntario de personas de edad avanzada. *Revista CEFLegal*, 247-248, 5-36.



Sumario

1. Introducción
 2. Régimen jurídico actual del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico
 - 2.1. Normativa supranacional
 - 2.2. Derecho español
 3. Una necesaria relectura de los presupuestos del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de acuerdo con el nuevo régimen de la discapacidad
 4. La aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios: evolución jurisprudencial
 5. Principales problemas que plantea en la práctica la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios
 - 5.1. Concurrencia de los requisitos sustantivos
 - 5.2. Cumplimiento de las garantías procesales
 - 5.3. Revisión de medidas de internamiento adoptadas sin control judicial
 6. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: Grupo de Investigación y Proyecto de Investigación financiadores de la investigación: Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; y Proyecto de Investigación MINECO: PID2019-105489RB-I00 «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos», II.PP. M.^a Victoria Mayor del Hoyo/Sofía de Salas Murillo.



1. Introducción

Los avances médicos y sociales han ido favoreciendo un alargamiento de la esperanza de vida: cada vez vivimos más y, como consecuencia de ello, el número de personas que integran el colectivo de la tercera edad ha ido creciendo de forma exponencial. Inevitablemente, ello ha ido acompañado del auge de algunas enfermedades propias de la senectud, como demencias, Alzheimer, etc. Enfermedades que en muchos casos impiden el autogobierno a quien las padece, requiriendo de cuidados constantes para garantizar la salvaguarda de su salud e integridad.

Tradicionalmente estos cuidados han sido prestados en el ámbito familiar, principalmente por parte de las mujeres, que son quienes han venido asumiendo en mayor medida el cuidado de los familiares de edad avanzada. Sin embargo, la vida frenética que ha caracterizado a nuestra sociedad durante los últimos años (aunque recientemente se ha visto apaciguada debido a la situación de pandemia provocada por la COVID-19) y la incorporación de la mujer al ámbito laboral, han ido haciendo cada vez más difícil que puedan prestarse los debidos cuidados a las personas mayores en el ámbito familiar. Por ello, no es infrecuente que en ocasiones los familiares de personas de edad avanzada se vean obligados a delegar los cuidados en terceros, ya se trate de personas que les presten asistencia en el propio domicilio o de centros especializados. A veces, ni siquiera es posible optar entre ambas posibilidades y los centros sociosanitarios se convierten en la única alternativa, pues la delicada situación de salud de la persona (a las dolencias psíquicas se unen frecuentemente también otras de carácter físico que no hacen sino más complicada la situación) exigen una atención especializada y constante que difícilmente puede prestarse en el propio domicilio.

Estos supuestos en los que el internamiento de la persona se revela como la única opción idónea para salvaguardar su salud e integridad plantean importantes problemas a la hora de determinar quién está facultado para decidir la adopción de dicha medida. Obviamente, los casos en los que la persona afectada cuenta con capacidad de discernimiento suficiente, la decisión acerca del internamiento dependerá exclusivamente de ella, tal y como prevé expresamente el artículo 4.2 g) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de

la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Pero como adelantaba, no es infrecuente que la aparición de determinadas enfermedades asociadas a la edad limite la capacidad de autogobierno de quien las padece y le impida prestar consentimiento válido para el internamiento; y en estos casos la solución no es sencilla: ¿pueden sus familiares suplir esa falta de capacidad de la persona afectada y acordar con los facultativos su internamiento involuntario sin necesidad de contar con el beneplácito del juez?, ¿o resulta necesario el control judicial?

La carencia de una regulación específica para el internamiento involuntario de personas mayores en centros asistenciales o sociosanitarios no ha hecho sino complicar más la cuestión. La alternativa que se ha planteado para tratar de dar respuesta a estos casos es acudir al procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) para el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico. Una posibilidad a la que buena parte de nuestra jurisprudencia se ha venido mostrando reticente durante bastante tiempo, aunque en los últimos años es posible apreciar un cambio de tendencia, especialmente a partir de varios pronunciamientos dictados por el Tribunal Constitucional en el año 2016, que han resultado fundamentales en esta materia, pues en ellos se decanta claramente en favor de la incardinación de este tipo de internamientos en el supuesto de hecho del artículo 763 de la LEC (STC 13/2016, de 1 de febrero –NCJ060891–; 34/2016, de 29 de febrero –NCJ061040–, y 132/2016, de 8 de julio –NCJ061466–).

Ahora bien, la cuestión ni está ni mucho menos resuelta: en primer lugar, porque la nueva filosofía en materia de protección de las personas con discapacidad que se ha instaurado a nivel global tras la promulgación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York en el año 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (en adelante Convención de Nueva York de 2006), que ha sido asumida por nuestro legislador a través 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 (en adelante Ley 8/2021), exige un replanteamiento del régimen actual del internamiento involuntario; y, en segundo lugar, porque la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios presenta todavía hoy numerosas dificultades prácticas, al tratarse de un precepto que no está pensado para estos supuestos.

Todos estos aspectos serán abordados a lo largo de este trabajo, para lo que comenzaré refiriéndome al régimen jurídico actual del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico y a su necesaria adecuación al nuevo paradigma en materia de discapacidad, lo que exige llevar a cabo una relectura de los presupuestos tradicionales del internamiento involuntario. A continuación, me centraré en la aplicación del artículo 763 de la LEC a los supuestos de internamiento involuntario de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, deteniéndome sobre todo en la evolución que ha experimentado nuestra jurisprudencia y en los principales argumentos que le han ido llevando a posicionarse en uno y otro sentido. Finalmente, pasaré a analizar los problemas prácticos que todavía hoy plantea la aplicación del artículo 763 de la LEC a este tipo de internamientos.

2. Régimen jurídico actual del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico

2.1. Normativa supranacional

Antes de centrarme en la regulación del internamiento involuntario en nuestro derecho interno, resulta obligado hacer una mención a dos normas promulgadas en el seno del Consejo de Europa que han contribuido considerablemente a su configuración actual:

La primera es el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH), cuyo artículo 5.1 e) dispone que:

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: [...] Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

Parece que con la referencia al enajenado (un término poco apropiado en la actualidad) ampararía el internamiento involuntario de aquellas personas que padecen algún tipo de trastorno psíquico que les impide decidir por sí mismas (SSTEDH de 20 de febrero de 2018 –caso X vs. Rusia–, de 26 de julio de 2011 –caso Karamanof vs. Grecia– y de 17 de enero de 2012 –caso Stanev vs. Bulgaria–).

La segunda norma que quiero mencionar es el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (en adelante Convenio de Oviedo), que en su artículo 7 prevé que:

La persona que sufra un trastorno mental grave solo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Una norma que estaba prevista que fuera objeto de desarrollo a través de un protocolo adicional sobre el que ha estado trabajando el Comité de Bioética del Consejo de Europa desde hace casi una década, y que precisamente se centraba en la cuestión del internamiento involuntario. Sin embargo, por el momento no ha visto la luz y no parece que vaya a hacerlo próximamente, dadas las críticas que ha recibido desde los distintos sectores involucrados en el ámbito de la discapacidad, que, entre otras cosas, le achacan el incumpli-

miento de los principios que ha sentado la Convención de Nueva York de 2006 en materia de discapacidad¹.

2.2. Derecho español

La Constitución española (en adelante CE) introdujo una serie de principios que han incidido en mayor o menor medida en la configuración del internamiento involuntario: el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad y a no ser privado de la misma sino en los casos establecidos en la ley (art. 17.1), el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) y la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que ha de prestar la atención especializada que requieran (art. 49 CE).

Ello contribuyó a que se pasara de un régimen administrativo del internamiento involuntario (Tejedor Muñoz *et. al.*, 2000, p. 2; Lasarte Álvarez, 2012, p. 1; Pallarés Neila, 2014, p. 123), que es el que caracterizaba al Decreto republicano de 3 de julio de 1931 (Gaceta, 7 de julio), al permitir que el internamiento involuntario fuera acordado por «orden gubernativa» (art. 16 a) y no quedar sujeto a control judicial salvo que se recurriera con posterioridad a su establecimiento²; a un régimen claramente judicializado, pues el control del juez ha pasado a ser un requisito imprescindible para que el internamiento involuntario sea lícito.

Así, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela derogó expresamente el Decreto de 3 de julio de 1931 (art. 2.2) e introdujo en el artículo 211 del Código Civil (en adelante CC) un procedimiento exclusivamente judicial para el establecimiento del internamiento involuntario (art. 1). Una regulación que, tras experimentar alguna modificación con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, fue posteriormente asumida por los artículos 760, 762 y 763 de la LEC del año 2000. El artículo 760 se refiere al procedimiento de incapacitación y prevé la posibilidad de que el juez pueda pronunciarse, en su caso, sobre la necesidad de internamiento de la persona que sea declarada incapaz; una medida que puede adoptarse también con carácter cautelar cuando resulte necesaria para la adecuada protección del presunto

¹ En España, dichas críticas se han canalizado principalmente a través del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y Salud Mental España, que en el año 2018 enviaron una carta a los ministros de Asuntos Exteriores y de Sanidad solicitando que el Gobierno español se opusiera a la aprobación del protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales. Disponible en: <<https://bit.ly/32Jg7J4>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

² La intervención del juez se reservaba exclusivamente a aquellos supuestos en los que el internamiento fuera acordado judicialmente como medida sancionadora adoptada en el seno de un procedimiento criminal (Arribas López, 2018, pp. 205-206).

incapaz. Sin embargo, la incapacitación ha desaparecido de nuestro sistema jurídico con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, quedando sustituida por la adopción de medidas de apoyo; y, a la vez, se ha eliminado del artículo 760 de la LEC toda referencia a la posibilidad de que la sentencia que establezca dichos apoyos pueda acordar el internamiento involuntario de la persona afectada.

Por tanto, la regulación del internamiento involuntario se concentrará en el artículo 763 de la LEC; un precepto que inicialmente tenía el carácter de ley ordinaria, pero que tras la llamada de atención del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 131/2010 y 132/2010, ambas de 2 de diciembre (en las que llegó a declarar la inconstitucionalidad del art. 763 LEC, aunque sin decretar su nulidad debido al vacío normativo que ello hubiera supuesto), fue dotada de carácter orgánico a través del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Dada la importancia del artículo 763 de la LEC para nuestro estudio, voy a transcribir a continuación parte de su contenido (en concreto, sus párrafos primero y tercero), para luego proceder a su análisis:

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 este 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.

[...]

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír 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.

Como puede observarse, el artículo 763 de la LEC recoge una serie de requisitos sustantivos y procesales para adoptar la medida de internamiento involuntario. Los requisitos procesales están representados por la autorización o ratificación judicial, la audiencia de la persona afectada y del Ministerio Fiscal y el examen del informe médico por parte del juez. Y, respecto a los requisitos sustantivos, exigen que exista un trastorno psíquico, que el internamiento resulte necesario y que la persona afectada carezca de las condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento válido.

Pero dicha regulación puede plantear problemas de compatibilidad con la Convención de Nueva York de 2006 y con la Ley 8/2021. De hecho, pese a que la Convención de Nueva York de 2006 no menciona expresamente el internamiento involuntario, en su artículo 14.1 b) señala que:

[...] los Estados parte asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás 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 la libertad, [en clara alusión a la medida del internamiento involuntario].

Por tanto, de acuerdo con el mencionado texto, el padecimiento de una discapacidad no puede justificar dicha medida, tal y como ha señalado reiteradamente el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*vid.* Observación general n.º 1 (2014)³ –puntos 31, 40 y 46–), llegando a negar la legitimidad del internamiento involuntario no solo cuando este se base en una situación de discapacidad, sino también cuando concurren otras circunstancias o factores, mencionando expresamente la «peligrosidad» (*vid.* Observación general n.º 5 (2017)⁴ –punto 82– y Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad (2017)⁵ –puntos 13 y 17–). Incluso llegó a dirigir dos informes directamente a España para pedirle que modifique su normativa relativa al internamiento involuntario, en los años 2011⁶ (resultando de especial interés sus puntos 35 y 36) y 2019⁷ (destacando sus puntos 26 a) y 29).

Aun cuando considero muy discutible que las resoluciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tengan carácter preceptivo para los Estados (en el mismo sentido: de Salas Murillo, 2020, p. 2.231; Mayor del Hoyo, 2020, pp. 3.367-3.369; Martínez de Aguirre Aldaz, 2021, pp. 88 y ss.) y, por tanto, entiendo que nada obsta para

³ Disponible en: <<https://bit.ly/3vw2VDZ>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁴ Disponible en: <<https://bit.ly/2QYfMje>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁵ Disponible en: <<https://bit.ly/3vihSsV>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁶ Disponible en: <<https://bit.ly/3xlwh9D>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

⁷ Disponible en: <<https://bit.ly/3dNTXf2>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

mantener la posibilidad de internamiento involuntario en nuestra normativa, sí que parece necesario llevar a cabo una reforma que adapte el artículo 763 de la LEC al tenor de la Convención de Nueva York de 2006. Y es que el internamiento ya no puede quedar justificado únicamente en el padecimiento de un trastorno psíquico y en la necesidad de tratar dicho trastorno (como parece amparar el mencionado precepto), pues ello queda prohibido expresamente por el tenor del artículo 14 de la Convención de Nueva York de 2006, siendo imprescindible, a mi modo de ver, que el internamiento resulte necesario para evitar un riesgo de carácter grave e inminente. Téngase en cuenta que, aunque no cabe identificar trastorno psíquico con discapacidad (como en seguida desarrollaré con mayor detalle), este puede incluir también supuestos de discapacidad, y al admitir que el internamiento pueda justificarse exclusivamente en esta causa, contraviene el tenor del artículo 14.1 b) de la Convención de Nueva York de 2006.

Creo que la razón por la que no se ha aprovechado la Ley 8/2021 para acometer la reforma del artículo 763 de la LEC no es otra que la imposibilidad de regular el internamiento involuntario mediante una ley ordinaria, al incidir en el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 131/2010 y 132/2010, ambas de 2 de diciembre. No en vano, la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación trabajó sobre esta posibilidad y llegó a presentar una propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, aunque no prosperó, por lo que el artículo 763 de la LEC permanece inalterado a la espera de una futura reforma.

3. Una necesaria relectura de los presupuestos del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de acuerdo con el nuevo régimen de la discapacidad

En tanto en cuanto no se produzca la ineludible reforma del artículo 763 de la LEC, parece necesario llevar a cabo una relectura de los presupuestos sustantivos que recoge para que pueda adoptarse el internamiento involuntario de una persona, con objeto de que sea compatible con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, y, en general, con la nueva filosofía que se ha instaurado en materia de protección de las personas con discapacidad.

En síntesis, los presupuestos previstos en dicho precepto son dos: existencia de un trastorno psíquico y carencia de condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento. Además, aunque el artículo 763 no lo mencione expresamente, la jurisprudencia ha venido considerando que para que proceda el internamiento involuntario ha de concurrir un tercer requisito: el carácter necesario del internamiento.

En cuanto al primero de los requisitos, al abordar el concepto de trastorno psíquico creo que es fundamental desligarlo del concepto de discapacidad, pues aun tratándose

de cuestiones muy relacionadas, no son equivalentes. De hecho, la distinción entre ambos conceptos resulta bastante obvia si atendemos a la definición de discapacidad que ofrece la propia Convención de Nueva York de 2006 en su artículo 1, en el que se refiere a las personas con discapacidad como:

[...] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

A diferencia de la discapacidad, el trastorno puede incluir supuestos que van más allá de las deficiencias mentales o intelectuales, como por ejemplo las adicciones (Santos Morón, 2002, pp. 81 y 84; De Verda y Beamonte, 2016, p. 20; *vid.* también, SAP de La Rioja de 8 de septiembre de 2011) y, además, en el caso de las primeras, no es preciso que tengan un carácter persistente (SAP de Soria de 22 de mayo de 2018) ni que impidan a la persona su participación plena y efectiva en la sociedad, como sí ocurre con la discapacidad. De hecho, una persona con discapacidad puede padecer o no un trastorno psíquico, al igual que una persona que sufra un trastorno psíquico puede padecer o no una discapacidad (que, a su vez, puede derivar o no del trastorno psíquico padecido). A mayor abundamiento, mientras la discapacidad es un concepto de carácter legal, el trastorno psíquico es un concepto médico (Comité de Bioética de Cataluña en su informe sobre el Convenio de Oviedo, 2018⁸), por lo que corresponde a la ciencia médica y no a la ley la determinación de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico (STC 141/2012, de 2 de julio).

El requisito relativo a la carencia de condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento exige que la persona afectada por el trastorno psíquico vea reducida su capacidad de autogobierno hasta el punto de no poder emitir un consentimiento válido para la adopción de esta medida, lo que tendrá que ser valorado por los facultativos.

Pero el requisito clave para garantizar la compatibilidad del internamiento involuntario con el texto de la Convención de Nueva York de 2006 es el carácter necesario del internamiento. Y es que, aun cuando ya hemos visto que no cabe equiparar trastorno psíquico con discapacidad (que, en puridad, es de lo que habla el art. 14 de la Convención), creo que si atendemos a su *ratio legis* sería complicado mantener que el padecimiento de un trastorno psíquico pueda justificar en sí mismo el internamiento involuntario de una persona, sobre todo si tenemos en cuenta que el trastorno psíquico puede comprender también supuestos de discapacidad. Por ello, considero que junto al padecimiento de dicho trastorno es preciso que el internamiento resulte necesario para proteger la salud y la integridad de la persona de edad avanzada. E incluso iría más allá y me atrevería a decir que el internamiento no solo tendría que ser necesario, sino que a mi modo de ver habría de ser

⁸ Disponible en: <<https://bit.ly/3tQqiY9>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

imprescindible. Y solo será imprescindible en aquellos casos en los que constituya la única forma de proteger a una persona de determinado peligro para su salud o su vida, un peligro que por hipótesis habría ser grave e inminente (pues en otro caso podría acudir a medidas menos gravosas, por lo que el internamiento ya no se tornaría imprescindible, y, a mi juicio, no quedaría justificada su adopción). Por tanto, no bastaría ya con que el internamiento fuera necesario en sentido abstracto (ej., para tratar el trastorno), sino que habría de serlo a los efectos concretos de apartar a la persona de un peligro grave e inminente para su integridad o incluso para su vida. Creo que solo en este caso podría resultar compatible el internamiento involuntario con el artículo 14 de la Convención; y, además, únicamente así se verían satisfechos los principios de necesidad y proporcionalidad que han de guiar al internamiento involuntario de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal Constitucional (ATC 127/2015, de 20 de julio).

Por ello, sería interesante que se incluyera en el artículo 763 de la LEC la misma previsión que se recoge en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que en su artículo 9.2 b) permite que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización.

En consonancia con la postura que venga manteniendo, de acuerdo con la cual habría que reservar el internamiento involuntario exclusivamente para aquellos casos en los que exista un peligro grave e inminente para la persona afectada, me atrevería a proponer *de lege ferenda* que se eliminara el procedimiento ordinario de internamiento y se creara un único procedimiento de carácter extraordinario o urgente⁹, pues si existe un peligro grave e inminente, el internamiento siempre será urgente (Sánchez Barrilao, 2013, pp. 199-200 y 208); y si no es así, entonces creo que no estaría justificado acudir a una medida tan gravosa como el internamiento involuntario.

4. La aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios: evolución jurisprudencial

Es evidente que el legislador, al establecer el régimen actual del internamiento involuntario, no estaba pensando en el internamiento de personas de edad avanzada en estable-

⁹ Y creo que ello debería ir acompañado de un fortalecimiento de algunas de las garantías previstas actualmente para la vía de urgencia, y, especialmente, de un acortamiento de los plazos para que el juez se pronuncie sobre la ratificación o reprobación del internamiento.

cimientos sociosanitarios, lo que ha planteado tradicionalmente la duda de si el ámbito de aplicación del artículo 763 de la LEC puede extenderse también a este tipo de internamientos. La cuestión no es baladí, pues si partimos de una respuesta afirmativa, el internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios habría de cumplir todas las garantías previstas en el mencionado precepto, y, entre ellas, el oportuno control judicial.

La Fiscalía General del Estado ya se posicionó a favor de aplicar a este tipo de internamiento el procedimiento del artículo 763 de la LEC (anteriormente recogido, como sabemos, en el art. 211 CC) a través de su Instrucción 3/1990, de 7 de mayo¹⁰, en la que señalaba que:

[...] 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 telecomunicaciones telefónicas, 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 [...]. En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, que impida prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código Civil, deberá recabarse preceptivamente la autoridad 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.

Una idea que ha reiterado más recientemente en su Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹¹.

Con anterioridad a que el Tribunal Constitucional dictara las Sentencias 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 8 de julio, con las que, como veremos, parece haberse zanjado la discusión en favor de la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento involuntario de

¹⁰ Disponible en: <<https://bit.ly/3xmyCkE>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

¹¹ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, la jurisprudencia se había mostrado vacilante, siendo posible encontrar pronunciamientos tanto a favor (AAP de Segovia de 17 de febrero de 2004, AAP de Huelva de 6 de marzo de 2007, AAP de Jaén de 8 de mayo de 2009, AAP de Segovia de 27 de marzo de 2010, AAP de Pontevedra de 10 de junio de 2010 y de 31 de marzo de 2011, AAP de Valencia de 13 de julio de 2011, AAP de Pontevedra de 6 de octubre de 2011, AAP de Castellón de 28 de diciembre de 2011, AAP de Madrid de 24 de enero de 2012, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012 y AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012) como en contra (AAP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1996, AAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2002, AAP de Valladolid de 29 de septiembre de 2005, AAP de Huelva de 28 de marzo de 2006 y AAP de Cádiz de 27 de mayo de 2008, de 2 de junio de 2009 y de 18 de diciembre de 2012). Aunque lo cierto es que se podía apreciar ya una cierta evolución en favor de esta posibilidad, no solo porque los pronunciamientos contrarios a ella eran menos numerosos, sino porque en su mayoría eran también más antiguos que los que se mostraban favorables (Arribas López, 2018, p. 8).

Uno de los argumentos más habituales a los que se ha recurrido para rechazar la aplicación del artículo 763 de la LEC a este tipo de internamientos consiste en negar que en estos casos se pueda hablar de privación de libertad, por ser la edad y las condiciones de las personas las que imponen limitaciones de movilidad y exigen el cuidado continuo de terceros. Así, el AAP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1996 se refieren a los ingresos de personas mayores en centros sociosanitarios en los siguientes términos:

La motivación del ingreso es en general un servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos [...] 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 internamiento 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.

También la SAP de Barcelona de 5 de febrero de 1999 señala:

[...] las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces ni su permanencia en un centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial.

Una doctrina que sería seguida posteriormente por los pronunciamientos de otras Audiencias Provinciales: AAP de La Rioja de 17 de enero de 2000, AAP de Zaragoza de 20 de julio de 2006 y AAP de Cádiz de 18 de diciembre de 2012.

No obstante, a mi modo de ver, cualquier tipo de internamiento supone siempre una limitación del derecho fundamental a la libertad personal, y, si atendemos a la *ratio legis* del artículo 763 de la LEC, parece que no es otra que la de evitar que se produzca cualquier privación de libertad sin el necesario control judicial; por lo que no tendría sentido excluir de su ámbito de aplicación los internamientos de personas de edad avanzada que padezcan trastornos psíquicos, y, por tanto, permitir su internamiento involuntario sin las garantías previstas en el artículo 763 de la LEC (en el mismo sentido, De Verda y Beamonte, 2016, pp. 17, 18 y 24; *vid.* también, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012). Cuestión distinta sería que la persona que residiera en el centro lo hiciera en régimen abierto y se le permitiera salir y mantener contacto libremente con el exterior. Y es que, en tal caso, creo que ni siquiera sería correcto hablar de internamiento, por lo que no cabría aplicar el artículo 763 de la LEC. Así lo ha considerado también la AP de Pontevedra en sus Autos de 31 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011, en los que ha señalado que para hablar de internamiento es necesario que existan barreras físicas que impidan el abandono voluntario del centro a conveniencia de la persona afectada:

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. No cabe hablar de internamiento –y, por tanto, de necesidad de régimen de garantías– si no se dan estas condiciones y el sujeto puede entrar y salir del establecimiento según su voluntad y conveniencia.

En el mismo sentido se pronuncia el AAP de Castellón de 28 de diciembre de 2011; y también buena parte de la doctrina (Sáez-Santurtún Prieto, 2013, p. 2; Navarro Michel, 2019, p. 237), aunque hay quien considera que el artículo 763 de la LEC debería aplicarse también en supuestos de internamiento en régimen abierto (Rodríguez Álvarez, 2013, p. 6).

Otro de los argumentos que utilizaba la jurisprudencia de forma recurrente para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC a este tipo de internamientos es que, salvo que la persona de edad avanzada a la que se pretenda internar manifieste expresamente su oposición al internamiento, no cabría considerar este como involuntario, por lo que quedaría al margen del régimen previsto en el artículo 763 de la LEC. En este sentido, el AAP de Barcelona de 24 de julio de 1996 y la SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 1996 llegan a utilizar la expresión de internamiento «avoluntario» para referirse a estos supuestos de «inexistencia de manifestación expresa de voluntad», lo que «no equivale a manifestación de voluntad contraria a la entrada o permanencia del anciano en el centro pues de la mera actitud pasiva ciertamente cabe predicar una base de voluntariedad [...] en general no cabe pues decir que se acoge a la persona mayor contra su voluntad sino que no consta su oposición a la resolución que adoptan los familiares». No obstante, parece más que discutible hablar de internamiento «avoluntario» cuando la persona no puede manifestar su voluntad

contraria o favorable al internamiento; y es que, a mi modo de ver, el internamiento, o es consentido, o es involuntario.

Otro argumento al que ha recurrido la jurisprudencia para rechazar la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos que nos ocupan es que el régimen que recoge el mencionado precepto está pensado exclusivamente para los internamientos en centros psiquiátricos, lo que no incluiría establecimientos sociosanitarios cuyo objetivo sea prestar asistencia a personas mayores, como residencias para la tercera edad o centros geriátricos (AAP de Huelva de 28 de marzo de 2006 y AAP de Cádiz de 27 de mayo de 2008 y de 2 de junio de 2009). Sin embargo, poco a poco fueron apareciendo otros pronunciamientos que se mostraban partidarios de la aplicación del artículo 763 al internamiento de personas mayores en centros sociosanitarios; tal y como se proponía también desde la doctrina (Cervilla Garzón, 2008, p. 77). Así, el AAP de Jaén de 8 de mayo de 2009 considera que la normativa:

[...] solo exige que el internamiento lo sea con motivo de un trastorno psíquico, sin que limite el establecimiento de recepción a los hospitales psiquiátricos, pudiendo serlo en un hospital o residencia geriátrica que cuente con los medios médicos hospitalarios especializados al efecto.

También el AAP de Madrid de 24 de enero de 2012 señala que:

[...] será precisa dicha intervención judicial en los casos en que el internamiento tenga un objetivo, no de curación y tratamiento de la enfermedad, sino asistencial, y además con carácter indefinido, en un centro destinado a tal fin, cual acaece con las residencias de ancianos, o las destinadas a individuos que, por sus minusvalías, necesitan, de modo ineludible, de la atención permanente de terceras personas, en orden a la cobertura de sus necesidades básicas que, por unas u otras razones, ya no pueden ser satisfechas, fuera de dicho entorno residencial, por sus parientes más próximos.

Igualmente, el AAP de Segovia de 27 de marzo de 2010 prevé que:

[...] avanzando en el examen literal del precepto transcrito, encontramos que no cataloga la naturaleza del centro de internamiento sino que viene referido a internamiento por razón de trastorno psíquico; es decir fundamenta su razón de ser en la etiología y no en la denominación que más o menos discrecionalmente se otorgue al centro.

Y también los AAP de Pontevedra de 31 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011, en los que señala que, aunque el legislador pudiera estar pensando en centros psiquiátri-

cos, no habría problema en incluir otro tipo de centros bajo el paraguas del artículo 763 de la LEC, que habla de centros en sentido amplio:

[...] es probable que en la redacción del artículo 763 de la LEC (el legislador) tuviera presente los internamientos en centros psiquiátricos. Pero ha de hacerse notar que a lo largo del texto del apartado 1 del citado precepto solo se habla de centro, sin otro aditamento restrictivo. Solo en el apartado 2, y en relación con los menores, se habla de establecimiento de salud mental.

Por ello considera que «desde una perspectiva más amplia, el propio legislador está admitiendo internamientos en centros diversos, no estrictamente psiquiátricos, para los que también concibe la necesidad de autorización o control judicial». Además, entiende que «cuando se habla de establecimiento de salud mental, debe darse cabida en este concepto a todos los servicios destinados a atender a las personas que padecen todo tipo de deficiencia que comporta la imposibilidad de decidir por sí mismos» y que «lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir sobre el internamiento y que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria [...] que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto» (en términos semejantes, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012 y AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012).

También el Tribunal Constitucional llegó a pronunciarse expresamente sobre esta cuestión en su Sentencia 13/2016, de 1 de febrero (NCJ060891), en la que señala que para poder ser considerado el centro al que se refiere el artículo 763 de la LEC basta con que «además de cumplir todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico».

Además, en caso de que el centro no fuera adecuado para colmar las necesidades de la persona internada, cabe entender que el órgano judicial ante el que se solicite la ratificación del internamiento podrá solicitar su traslado a otro centro que resulte más apropiado (Rodríguez Lainz, 2016, p. 12).

En todo caso, para evitar cualquier tipo de controversia y aportar mayor seguridad jurídica, quizá no estaría de más que en una futura reforma del artículo 763 se incluyeran expresamente otros centros más allá de los médicos y psiquiátricos (ello en caso de que no se cree un régimen específico para el internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, que creo que sería probablemente la solución más idónea); tal y como ha hecho, por ejemplo, el Código del Derecho Foral de Aragón, que en su artículo 36 menciona diversos tipos de centros al referirse al ámbito de aplicación del régimen del

internamiento involuntario: «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».

Otro de los argumentos a los que se ha recurrido para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios es que el régimen previsto en el mencionado precepto tiene por objeto el internamiento curativo y no asistencial, por lo que no abarcaría los supuestos que estamos analizando, pues en ellos el objetivo del internamiento es básicamente asistencial. Así, el AAP de Cádiz de 18 de diciembre de 2012 señala que:

[...] en el presente supuesto se trata de una persona de edad, con una serie de limitaciones físicas, y psíquicas, con un cierto deterioro cognitivo, más lo que no puede entenderse es que estemos en presencia de un internamiento judicial, autorizado o ratificado, cuando tal medida ni va a solucionar el problema, pues la enfermedad no va a mejorar, ni va a paliar la situación irreversible que le es propia, no viniendo condicionado el internamiento por una enfermedad en concreto y por una decisión médica que lo justifique, sino y al parecer, por razones asistenciales [...] [en términos semejantes, AAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2002 y AAP de Valladolid de 29 de septiembre de 2005].

No obstante, tal y como han puesto de manifiesto varios autores, independientemente de si la finalidad es curativa o asistencial, la privación de libertad es la misma (Aznar López, 2000, p. 36; Santos Morón, 2002, p. 97; Elizari Urtasun, 2019, p. 4), por lo que parece que no hay razón para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC a estos supuestos. El mismo sentido se pronunció la AP de Madrid en su Auto de 24 de enero de 2012. Además, al tratarse de una persona con un trastorno psíquico (como hemos visto, es un presupuesto necesario del internamiento involuntario), el centro en el que se lleve a cabo el internamiento tendrá que prestarle las debidas atenciones y el tratamiento necesario para sanar o, cuanto menos, minimizar los efectos del trastorno, por lo que, como señala De Verda y Beamonte (2016, p. 23), el internamiento nunca será exclusivamente asistencial (también, Rodríguez Álvarez, 2013, p. 6). Así ha sido puesto de manifiesto igualmente por la AP de Segovia en su Auto de 27 de marzo de 2010:

[...] aunque obedezca en mayor o menor medida a una finalidad asistencial implica también necesariamente una finalidad terapéutica o al menos paliativa de su enfermedad mental; y así los exámenes, cuidados y supervisiones médicas que a tal fin se realizan [...].

Como vemos, la mayoría de los argumentos que se han esgrimido para negar la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios han ido siendo refutados, avanzando de forma progresiva hacia una

admisión generalizada de esta posibilidad. A ello contribuyó también la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que prevé expresamente en su artículo 4.2 que las personas en situación de dependencia tienen derecho a «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» (letra g) y al «ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio» (letra h); así como la Recomendación CM/Rec (2014)2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores¹², cuyo punto 43 dispone que:

[...] las personas mayores, en principio, solamente recibirán atención residencial, institucional o psiquiátrica con su consentimiento previo libre e informado. Cualquier excepción a este principio deberá cumplir los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5).

Como adelantaba, esta tendencia favorable a la aplicación del régimen general del internamiento involuntario a los supuestos de internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios se consolidó definitivamente con las SSTC 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 8 de julio, en las que el intérprete supremo de la Constitución zanjó el debate y aclaró de una vez por todas que este tipo de internamientos requiere también de control judicial, por afectar al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE). Una doctrina que, como no podía ser de otra manera, ha sido asumida por el resto de órganos jurisdiccionales de nuestro país, que han aplicado el artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios: AAP de Castellón de 28 de octubre de 2016, AAP de Tarragona de 4 de noviembre de 2016 y de 16 de mayo de 2017, AAP de Cádiz de 25 de septiembre de 2017, AAP de Cáceres de 16 de junio de 2017, AAP de Badajoz de 22 de junio de 2017, AAP de Ávila de 19 de enero de 2018 y AAP de Tarragona de 19 de octubre de 2018.

Y desde luego parece la opción más razonable, pues lo contrario podría amparar privaciones de libertad arbitrarias e incluso constituir una discriminación por razón de la edad (Vico Fernández, 2019, p. 110).

5. Principales problemas que plantea en la práctica la aplicación del artículo 763 de la LEC a los internamientos de personas de edad avanzada en centros sociosanitarios

La interpretación extensiva que se ha llevado a cabo del artículo 763 de la LEC ha permitido dotar de un marco jurídico y de unas mínimas garantías al internamiento de personas

¹² Disponible en: <<https://bit.ly/3sKmJBC>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios. Pero la aplicación de un precepto a un supuesto de hecho para el que no está pensado no está exenta de problemas, como vamos a ver a continuación:

5.1. Concurrencia de los requisitos sustantivos

Por un lado, para poder acordar el internamiento involuntario de una persona de edad avanzada en un centro sociosanitario va a resultar necesario que concurren los requisitos sustantivos a los que me he referido en el tercer epígrafe de este trabajo: existencia de un trastorno psíquico, carencia de condiciones volitivas y cognitivas suficientes para emitir consentimiento y carácter necesario del internamiento; y, como es lógico, de faltar alguno de ellos habrá que descartar la medida de internamiento.

No plantea excesivos problemas el requisito relativo a la existencia de un trastorno psíquico, pues tal y como señala la AP de Pontevedra en sus Autos de 31 de marzo de 2011 y de 6 de octubre de 2011:

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, a las que ya hemos hecho referencia, como 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 cognoscitivas con déficit de la capacidad de juicio y pensamiento, deficiencias que registra el DSM-IV. No hay razón alguna para no extender a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías judiciales que establece el artículo 763 de la LEC [en el mismo sentido, AAP de Almería de 10 de octubre de 2012, AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012 y AAP de Salamanca 135/2018, de 6 de noviembre].

En cuanto al requisito relativo a la falta de capacidad cognitiva o volitiva, ya hemos visto que concurrirá cuando la presencia de un trastorno psíquico prive a la persona de que se trate de la capacidad para tomar una decisión válida acerca del internamiento en el momento en el que haya de emitirse el consentimiento. Ahora bien, el hecho de encontrarse en una fase de edad avanzada no priva *per se* a la persona de su derecho a decidir acerca del internamiento, sino que será necesario que en efecto carezca de capacidad en el momento concreto para adoptar una decisión válida acerca del establecimiento de esta medida. Y es que, si se encontrara en pleno ejercicio de sus facultades cognitivas y volitivas y manifestara su voluntad contraria al internamiento, no cabría imponerlo (Romero Coloma, 2014, p. 11). En todo caso, habrá que atender a las condiciones en las que se encuentra la persona en el momento preciso de decidir el internamiento, puesto que los efectos de un trastorno

psíquico sobre la capacidad decisoria de quien lo padece pueden variar sustancialmente de un momento a otro (Germán Urdiola, 2012, p. 132).

De hecho, el principal problema que plantea este requisito es que hay muchos supuestos en los que el internamiento se adoptó contando con el consentimiento de la persona afectada, pero la evolución de la enfermedad padecida provoca que esta ya no esté en condiciones para decidir la continuación del mismo, lo que entiendo que convierte el internamiento voluntario en involuntario. Por ello, parece que lo razonable es aplicar el artículo 763 de la LEC también a estos supuestos, tan frecuentes en la práctica, en los que el internamiento se produjo de forma voluntaria en un momento en el que la persona contaba con capacidad suficiente para decidirlo y posteriormente pierde dicha capacidad debido al padecimiento de un trastorno psíquico sobrevenido¹³ (AAP de Almería de 10 de octubre de 2012, AAP de Lugo de 17 de octubre de 2012; Romero Coloma, 2014, p. 11; Sánchez Martín, 2020, p. 2)¹⁴. De hecho, la Fiscalía General del Estado señaló ya en su Instrucción 3/1990, de 7 de mayo¹⁵, que:

[...] 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 esta [...] dicte la correspondiente autorización judicial.

Así ha sido puesto de manifiesto también por el AAP de Castellón de 15 de noviembre de 2012, que señala que:

[...] puede haber ingresado un anciano voluntariamente, y por la evolución tranquila o paulatina de la enfermedad mental llegar a perder la conciencia, con lo que se

¹³ Una cuestión que ha sido expresamente prevista por el artículo 212-6 del Código Civil de Cataluña, que señala que:

[...] si una persona que consintió su propio internamiento por razón de trastorno psíquico ya no está en condiciones de decidir su continuación porque las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de forma significativa, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 212-5.3.

¹⁴ Lógicamente, lo mismo ocurrirá en aquellos supuestos en los que la persona haya consentido el internamiento y posteriormente cambie de opinión. Una cuestión sobre la que ha tenido ocasión del pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia 182/2015 (NCJ060345): «en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio [...]» es en ese momento «[...] cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del artículo 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial».

¹⁵ Disponible en: <<https://bit.ly/3xmyCkE>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

haría preciso la autorización judicial, que, además afectando a un ya ingresado de antes, se asimilaría al caso de urgencia que exige la inmediata intervención judicial.

Lo que ocurre es que en estos casos es complicado determinar en qué instante preciso se produce la pérdida de capacidad, y, por tanto, el internamiento voluntario se transforma en involuntario; pues es en ese momento en el que nace la obligación del responsable del centro de solicitar al juez la ratificación del internamiento (Elizari Urtasun, 2018, p. 38).

Pero el requisito que quizá pueda plantear mayores problemas es el relativo a la necesidad del internamiento, que, como he expuesto, creo que ha de interpretarse conforme al artículo 14 de la Convención de Nueva York de 2006 en el sentido de que solo será lícito el internamiento involuntario cuando resulte imprescindible para apartar a la persona afectada de un riesgo grave e inminente. En cuanto a la gravedad, supone que el riesgo ha de tener la entidad suficiente como para hacer que el internamiento involuntario constituya la única medida efectiva para hacerle frente. Y es que, como pone de manifiesto Germán Urdiola (2016, p. 40), si la persona puede valerse con ayuda de asistencia domiciliaria o es suficiente su ingreso en un centro abierto o semiabierto no procederá su ingreso en un establecimiento cerrado. Téngase en cuenta que muchas de las solicitudes de internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios responden a la imposibilidad de sus familiares para atenderles y asistirles personalmente, pero creo que ello no será motivo suficiente para recurrir al internamiento involuntario cuando se pueda salvaguardar la salud e integridad de la persona afectada mediante el establecimiento de medidas menos gravosas, como la asistencia en el propio domicilio por parte de un cuidador profesional o cualquiera de las medidas de apoyo previstas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (ej., asistencia a un centro de día).

Además de grave, el riesgo para la persona habría de ser inminente, al menos si se quiere recurrir a la vía de urgencia (que, como he expuesto, creo que habría de convertirse en la única posible), lo que en el caso de las enfermedades degenerativas puede ser discutible, precisamente porque la degeneración se produce de forma progresiva (Navarro Michel, 2019, pp. 240 y 245). No obstante, como pone de manifiesto Elizari Urtasun (2018, p. 37), pueden concurrir circunstancias urgentes de carácter asistencial que, aun no teniendo carácter médico, exijan una respuesta rápida. A mi modo de ver, ello ocurrirá, por ejemplo, cuando se detecte abandono o maltrato por parte de los familiares que vinieran asumiendo sus cuidados, o cuando los apoyos familiares con los que contaba desaparecen por acontecimientos imprevistos: ej., porque solo disponía de un familiar que le prestara cuidados y este sufre una enfermedad o un accidente repentino (*vid.* Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹⁶ –punto 5–).

¹⁶ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

Si atendemos a la jurisprudencia, a modo de ejemplo, el AAP de Ourense de 31 de julio de 2018 ratifica el internamiento voluntario de una anciana que hasta el momento había recibido cuidados por parte de su hijo en el propio domicilio, precisamente debido a que estos no resultaban suficientes para salvaguardar su salud y su integridad. En cambio, en otras ocasiones se ha rechazado el internamiento involuntario urgente de personas de edad avanzada por considerar que no existía un peligro grave e inminente que justificara la urgencia (AAP de Castellón de 28 de octubre de 2016 y AAP de Cádiz de 25 de septiembre de 2017).

5.2. Cumplimiento de las garantías procesales

Por otro lado, la aplicación del régimen del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas mayores en establecimientos sociosanitarios exige que se respeten todas las garantías procesales en él previstas. Entre ellas, será necesario que el internamiento se justifique en un informe médico, lo que puede plantear dificultades, pues el tipo de internamiento que estamos analizando en estas páginas normalmente no se debe a una necesidad médica sino asistencial. Pese a ello, creo que tampoco está de más exigir un informe médico que confirme que existe un trastorno psíquico que incapacita a la persona afectada para decidir acerca de la oportunidad del internamiento y que su situación de dependencia le impide cubrir sus necesidades en su propio domicilio incluso con los servicios de apoyo que pueda tener a su disposición procedentes de familiares o de diversas instituciones públicas o privadas.

Otras de las garantías que habrá que aplicar son las relativas a la información acerca de los motivos en los que se basa la privación de libertad y el ofrecimiento de asistencia letrada. Se trata de garantías que están claramente pensadas para el ámbito penal (STC 341/1993, de 18 de noviembre), pero que se han considerado aplicables a cualquier forma de privación de libertad, lo que incluye el internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios (Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹⁷ –punto 6–). Al respecto, dispone el artículo 17.3 de la CE que:

[...] toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

¹⁷ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

En el caso del derecho a ser informado de los motivos en los que se justifica la privación de libertad, ha sido expresamente recogido por el artículo 5.2 del CEDH¹⁸, y supone que el órgano judicial competente tendrá que estar pendiente de que se haya proporcionado a la persona la información oportuna y «no presuponer su conocimiento por el afectado» (STC 141/2012, de 2 de julio).

Y en cuanto al derecho a asistencia letrada, el artículo 763 de la LEC lo ha incluido expresamente en el régimen general del internamiento involuntario, al disponer que «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». Y este último precepto prevé que el afectado puede «comparecer en el proceso con su propia defensa y representación» y si no lo hiciere, será defendido «por el ministerio fiscal, siempre que no haya sido este el promotor del procedimiento. En otro caso, el letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado». Dicho defensor judicial podrá ser «el representante legal del internado [...] o sino quien decida el juzgado» (STC 22/2016, de 15 de febrero), una previsión que creo que habrá de extenderse a la persona encargada de prestarle los apoyos de acuerdo con el nuevo régimen de protección de la discapacidad.

El problema es que estas previsiones pueden resultar excesivas en el caso de los internamientos asistenciales de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios, pues supone extender las garantías previstas para una detención de carácter penal o sancionador a una medida cuyo único objetivo es garantizar la protección de la persona en cuyo beneficio se establece (Sánchez Barrilao, 2013, p. 213; Elizari Urtasun, 2019, p. 5).

Y puede resultar igualmente excesiva en este tipo de internamiento la necesidad de control judicial posterior que exige el cuarto párrafo del artículo 763 de la LEC, que señala que:

[...] 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.

¹⁸ Una obligación de información que recoge también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.2 (disponible en: <<https://bit.ly/3sV3k0F>>, fecha de última consulta: 26/04/2021).

Al respecto, puede plantear serias dudas que, en estas situaciones crónicas, irreversibles y en muchos casos degenerativas, sea conveniente el control judicial cada seis meses y que los facultativos se vean obligados a informar de la evolución, cuando en realidad la posibilidad de mejoría es remota e incluso en muchos casos inexistente (Germán Urdiola, 2016, p. 41; Elizari Urtasun, 2018, p. 37; en sentido contrario, Rodríguez Álvarez, 2013, p. 4). Y es que creo que someter a una persona de edad avanzada afectada por un trastorno psíquico a continuas visitas, desplazamientos y controles médicos y jurisdiccionales puede traerle más perjuicios que beneficios. Por ello, y con el objeto de causar los menos trastornos posibles a la persona afectada, al menos habría que limitar los exámenes personales a los facultativos, descartando que sean llevados a cabo también por la autoridad judicial, salvo que ello resulte estrictamente necesario. De hecho, el artículo 763.4 de la LEC no exige que el control judicial del internamiento incluya el examen personal del sujeto, pudiendo limitarse por tanto a valorar los informes médicos presentados y tomar con base en ellos una decisión acerca del mantenimiento o no del internamiento. Una posibilidad que sin duda puede resultar criticable en aquellos internamientos que, dada la probabilidad de mejoría de la persona afectada, tengan una vocación temporal; pero que creo que en este tipo de internamientos es la opción más adecuada. Además, considero que sería conveniente que, en una hipotética reforma, se ampliase el plazo de seis meses previsto actualmente en la norma (Navarro Michel, 2019, p. 248), una vez más, con el objeto de causar las menores molestias posibles a la persona de edad avanzada en cuyo beneficio se ha establecido la medida de internamiento.

5.3. Revisión de medidas de internamiento adoptadas sin control judicial

Existen muchos supuestos en los que el internamiento involuntario ha sido acordado sin que concurrieran los requisitos del artículo 763 de la LEC y sin respetar las garantías previstas en dicho precepto, pues ya hemos visto que durante largo tiempo buena parte de la jurisprudencia ha venido negando la aplicación del artículo 763 de la LEC al internamiento de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios. A ello hay que añadir que, en ocasiones, se prescinde del procedimiento del artículo 763 de la LEC simplemente porque los familiares de la persona mayor y los responsables del centro desconocen que es necesario el control judicial del internamiento de quien no cuenta con capacidad suficiente para emitir consentimiento válido. La consecuencia es que en todos estos supuestos el internamiento es acordado por los propios familiares y los responsables del centro, sin ningún tipo de control judicial (como ocurrió por ejemplo en el caso enjuiciado por el AAP de Granada de 9 de febrero de 2018, en el que el afectado llevaba casi dos años internado sin que se hubiera puesto en conocimiento de la autoridad judicial). Y muchos de estos internamientos todavía persisten, pues como sabemos, esta modalidad de internamiento se caracteriza precisamente por su vocación de permanen-

cia, debido a las escasas probabilidades de mejoría que presentan los trastornos psíquicos asociados a la edad avanzada.

Por ello, parece que lo lógico sería que todas estas medidas de internamiento que han sido adoptadas al margen de la ley fueran revisadas a la luz de la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pero surge la duda de cuál sería el cauce adecuado para ello:

La primera opción en la que cabría pensar sería que el responsable del centro solicitara al juez la ratificación del internamiento aun cuando haya vencido el plazo de 24 horas previsto en el artículo 763 de la LEC para poner en conocimiento del juez la adopción del internamiento por la vía de urgencia. De este modo, podría mantenerse la situación de internamiento de cara a futuro (en caso de que el juez efectivamente ratificara la medida) e incluso regularizar el periodo anterior de internamiento, aunque este no se hubiese adoptado con las garantías legalmente previstas. Una posibilidad que llegó a ser admitida por algunas Audiencias Provinciales, ratificando el internamiento pese a que la persona había estado internada desde años atrás sin que se pasara el correspondiente control judicial (AAP de Sevilla de 29 de noviembre de 2012 y AAP de Lugo de 17 de octubre de 2012).

No obstante, a mi modo de ver, la regularización del internamiento involuntario cuando se ha prescindido del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC y no se ha solicitado en tiempo y forma su ratificación judicial es tanto como convalidar una situación ilegal, por lo que creo que ha de rechazarse la aplicación extemporánea del procedimiento de urgencia del artículo 763, tal y como ha señalado la doctrina de forma prácticamente unánime (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2016, p. 566 y ss.; Elizari Urtasun, 2018, p. 28) y como venía poniendo de manifiesto también buena parte de la jurisprudencia (AAP de Madrid de 18 de julio de 2011 y de 24 de enero de 2012). De hecho, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha zanjado definitivamente la cuestión, dejando claro que no cabe la regularización de internamientos involuntarios que en su momento fueron acordados sin respetar las garantías establecidas en el artículo 763 de la LEC. Así, en su Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, señala que:

[...] 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, 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).

Pero la duda que se plantea entonces es cómo debe proceder el tribunal ante el que se solicita la ratificación del internamiento involuntario de una persona de edad avanzada acordado mucho tiempo atrás: ¿ha de poner fin al internamiento aun cuando constate que la persona precisa ineludiblemente de los cuidados que se le venían prestando en el centro?, ¿o tiene margen para decidir la continuación del mismo?

Al respecto, el Tribunal Constitucional se remite al procedimiento de incapacitación y a la posibilidad de acordar el internamiento como medida cautelar, dando traslado a las personas legitimadas para iniciar dicho procedimiento (SSTC 13/2016, de 1 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio). De hecho, es una solución por la que han optado en ocasiones las Audiencias Provinciales, tanto antes de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del año 2016 (AAP de Madrid de 18 de julio de 2011 y de 24 de enero de 2012) como después (AAP de Cádiz de 25 de septiembre de 2017). El problema es que resulta discutible que esa opción siga siendo posible tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pues la incapacitación ha desaparecido de nuestro sistema jurídico y el nuevo procedimiento de provisión de apoyos que sustituye al procedimiento de incapacitación no contempla la posibilidad de acordar el internamiento involuntario en el seno del mismo (a diferencia de lo que ocurría con el anterior proceso de incapacitación), ni como medida cautelar ni como definitiva (nuevo art. 761 LEC). Además, incluso con anterioridad a la reforma, creo que hubiera resultado desproporcionado privar a una persona de su capacidad únicamente para poder adoptar una medida de internamiento involuntario que en un momento determinado pueda tornarse necesaria (Elizari Urtasun, 2018, p. 35; Navarro Michel, 2019, p. 246). Y es que, como el propio TC reconocía en su Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, no toda persona que precisa el ingreso en un centro adecuado debe ser incapacitada. A ello hay que añadir que requerir en todo caso que el internamiento se acordara como medida cautelar en el proceso de incapacitación hubiera exigido que el Ministerio Fiscal insudara el proceso de incapacitación de todas aquellas personas mayores que se encontraran internadas en centros sociosanitarios sin haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2016, p. 579).

Otra opción en la que cabría pensar sería que el juez que deniegue la ratificación del internamiento de una persona por haberse solicitado de forma extemporánea acordara en ese mismo procedimiento su internamiento involuntario con base en la necesidad de garantizar su protección (algo que podría hacer incluso aprovechando para ello el propio auto por el que determina la ilicitud del internamiento urgente y su no ratificación), tal y como propone la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores¹⁹. Para ello, la fiscal general del Estado se amparaba en la facultad que le concedía al juez el artículo 216 del CC en relación con el artículo 158 del CC (en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021) para adoptar de oficio las medidas que estimara necesarias para salvaguardar el interés de las personas con discapacidad. No obstante, una vez más, me plantea serias dudas que tras la reforma operada por la Ley 8/2021 esta opción vaya a continuar resultando posible, pues el contenido que recogía la anterior redacción del artículo 216 del CC ha desaparecido y no existe en la redacción actual del CC ningún precepto que pueda amparar la adopción de este tipo de medidas por parte del juez.

¹⁹ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

La siguiente posibilidad que cabría plantearse es acudir al procedimiento del artículo 763, bien a la vía ordinaria o bien a la extraordinaria, aunque en este último caso no como mecanismo de regularización de todo el periodo anterior de internamiento, sino dando inicio a una nueva medida de internamiento, pues, como hemos visto, en ningún caso cabe recurrir a esta vía para convalidar o regularizar el internamiento que se ha acordado ilegalmente.

En cuanto a la posibilidad de reconducir el procedimiento a la vía ordinaria del artículo 763 de la LEC (como propone por ejemplo la AAP de Castellón de 28 de octubre de 2016), a mi modo de ver, no resulta la opción más conveniente, pues exigiría la puesta en libertad de la persona aun cuando se constatará la necesidad del internamiento; y no me parece que sea oportuno acordar el cese del internamiento sin evaluar antes la situación personal del sujeto afectado para garantizar que el levantamiento de dicha medida no ponga en riesgo su integridad o su vida. Imaginemos lo que supondría dejar en la calle a una persona con una demencia avanzada y que precisa ineludiblemente de la asistencia que le venía prestando el centro en el que se encontraba internada. Una conducta que incluso podría ser constitutiva de un delito de abandono (art. 229 CP), tal y como ha sugerido algún autor (Navarro Michel, 2019, pp. 245-246).

Además, como ya he señalado, creo que sería recomendable *de lege ferenda* que la vía ordinaria desapareciera de nuestro ordenamiento, pues el internamiento o es urgente (porque exista un peligro inminente para la persona) o debería descartarse y acudir a medidas menos invasivas que no impliquen privación de libertad, ya sea a través de tratamiento ambulatorio (si es que la persona requiere de tratamiento) o prestando la debida asistencia en un centro de día o en el propio domicilio de la persona afectada. Por tanto, si no existe un peligro inminente y grave creo que debería cesar el internamiento, pero no para acordarlo por la vía ordinaria, sino para sustituirlo por otro tipo de medidas. Y en el caso de que sí exista un peligro inminente y grave, no parece que la vía ordinaria sea apropiada, por las razones que he expuesto en el párrafo inmediatamente anterior.

Por todo ello, creo que la opción más adecuada pasaría por acudir a la vía de urgencia del artículo 763 de la LEC, no a modo de regularización de todo el tiempo anterior, pues, como vengo diciendo, al no haberse respetado las garantías previstas en el artículo 763 de la LEC (y, en concreto, la ratificación judicial dentro del plazo previsto) no puede ser objeto de ningún tipo de regularización; sino como una nueva solicitud de internamiento urgente. De hecho, el propio Tribunal Constitucional reconoció en su Sentencia 98/1998, de 4 de mayo, que, si existe «un nuevo título legítimo de privación de libertad», el órgano judicial, «teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso», podrá considerar «la adopción o no de medidas». Para ello, el responsable del centro habría de valorar la situación personal del afectado y, si lo considera preciso, acordar de nuevo el internamiento (repito, como una nueva medida, y no como convalidación de la anterior) y solicitar ante el juez su ratificación. Este tendría que valorar la situación de la persona en ese momento concreto para determinar si concurren o no los presupuestos exigidos por el artículo 763 de la LEC para acordar su internamiento involuntario urgente, y, en caso afirmativo, ratificarlo. En este caso

creo que la urgencia de la medida estaría justificada, además, por la necesidad de poner fin a un internamiento anterior y la situación de desprotección que ello pudiera provocar en la persona en cuyo beneficio se establece la medida de internamiento.

Además, a efectos prácticos, acudir a la vía de urgencia del artículo 763 de la LEC o a las medidas cautelares del procedimiento de incapacitación previsto en la redacción del CC previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 conduce a un resultado similar, que no es otro que el mantenimiento del internamiento. Más aun, creo que recurrir a la vía de urgencia del artículo 763 de la LEC resulta más garantista con los derechos de la persona afectada, pues las garantías previstas en este precepto son mayores que las que se recogían en la fase cautelar del proceso de incapacitación, ya que estas últimas no garantizaban el control judicial del internamiento. Y es que, como pone de manifiesto Elizari Urtasun (2018, p. 39), la evaluación facultativa de la persona y su examen por el juez solo eran preceptivas en el procedimiento principal, y no en la fase de medidas cautelares.

En todo caso, creo que sería conveniente que en una hipotética regulación de este tipo de internamiento se previera un régimen transitorio para aquellos internamientos acordados prescindiendo del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC, con objeto de aportar mayor seguridad jurídica a todas las partes.

Por lo demás, entiendo que el hecho de que no quepa regularizar todo el periodo anterior de internamiento va a tener una importante consecuencia, y es que podrán derivarse las correspondientes responsabilidades por el tiempo que haya durado el internamiento sin pasar por ningún tipo de control judicial. De hecho, la posibilidad de que los responsables de acordar el internamiento involuntario puedan incurrir en responsabilidad civil extracontractual con base en los daños morales que haya podido causar a la persona afectada ha sido puesta de relieve desde hace ya varios años, tanto por parte de la doctrina (Zurita Martín, 2004, p. 217) como de la jurisprudencia (SAP de Albacete de 19 de abril de 2006 y AAP de Lugo de 17 de octubre de 2012). Y más recientemente también se ha posicionado en favor de la misma la Fiscalía General del Estado, a través de su Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores²⁰:

[...] el incumplimiento de las garantías del internamiento urgente adoptado por los responsables de los centros dará lugar a la declaración de vulneración del derecho, a la imposibilidad de regularización del tal periodo de privación de libertad y a la posible exigencia de responsabilidades, pero en ningún caso podrá suponer peligro o perjuicio para las personas cuyo derecho se ha visto vulnerado –punto 9.12–.

²⁰ Disponible en: <<https://bit.ly/3tRdgK6>> (fecha de última consulta: 26/04/2021).

6. A modo de conclusión

El internamiento asistencial en régimen cerrado de una persona de edad avanzada ha de ser consentido por la propia persona afectada, siempre que cuente con capacidad natural suficiente para emitir consentimiento válido. El problema se plantea cuando la persona carece de dicha capacidad natural y el internamiento se revela como la única opción posible para garantizar en un modo efectivo la protección de su salud e integridad. La falta de regulación específica de estos supuestos ha sido solventada por la jurisprudencia mediante la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC para el internamiento por razón de trastorno psíquico, lo que ha permitido dotar al internamiento asistencial de personas de edad avanzada de unas garantías mínimas, entre las que destaca el necesario control judicial. Pero la aplicación de un régimen jurídico que no está pensado para estos supuestos provoca importantes disfunciones, especialmente en lo que concierne a la concurrencia de los requisitos sustantivos y al cumplimiento de las garantías previstas en dicho precepto, que pueden resultar ciertamente excesivas para este tipo de internamiento. Por ello, lo conveniente sería dotar al internamiento asistencial de personas de edad avanzada en establecimientos sociosanitarios de un marco jurídico específico, que tenga en cuenta las peculiaridades que presentan estos supuestos. Igualmente, sería recomendable que se previera un régimen transitorio para aquellos internamientos acordados prescindiendo del procedimiento previsto en el artículo 763 de la LEC.

Referencias bibliográficas

- Arribas López, Eugenio. (2018). Los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico: apuntes para una historia normativa inacabada. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 201-218.
- Aznar López, Manuel. (2000). *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Comares.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (2016). Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 101, 565-580.
- Cervilla Garzón, María Dolores. (2008). Los derechos fundamentales del anciano internado. En particular, el derecho a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. En Isabel Zurita Martín (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales* (1.ª ed., pp. 67-92). Bosch.
- Elizari Urtasun, Leyre. (2018). Ingresos de personas mayores en centros residenciales. *Indret: Revista para el Análisis del Dere-*

- cho, 1, 1-47. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/332609/423388>.
- Elizari Urtasun, Leyre. (2019). El internamiento asistencial involuntario de personas con discapacidad: problemas actuales y previsión en el Anteproyecto de reforma del Código Civil. *Actualidad Civil*, 1, 1-16.
- Germán Urdiola, María Jesús. (2012). *Tratamientos involuntarios y enfermedad mental*. Aranzadi.
- Germán Urdiola, María Jesús. (2016). El proceso de ingreso no voluntario en residencias de mayores. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 38, 35-42. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5601249.pdf>.
- Lasarte Álvarez, Carlos. (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*, 7968, 1-9.
- Martínez de Aguirre, Carlos. (2021). La Observación general primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir? En Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Leonardo B. Pérez Gallardo (Dir.) y Manuel García Mayo (Coord.), *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad* (1.ª ed., pp. 85-112). Ediciones Olejnik.
- Mayor del Hoyo, María Victoria. (2020). Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 3.359-3.415.
- Navarro Michel, Mónica. (2019). El ingreso involuntario en residencia geriátrica y la autorización judicial. *Revista de Bioética y Derecho*, 45, 231-251. <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/download/27268/28648>.
- Pallarés Neila, Javier. (2014). ¿Podrías decirme, por favor, qué camino he de tomar para salir de aquí? *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, 34(121), 115-131. www.revistaaen.es/index.php/aen/article/download/16779/16621.
- Rodríguez Álvarez, Ana. (2013). Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos. *Diario La Ley*, 7958, 1-12.
- Rodríguez Lainz, José Luis. (2016). El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional. *Diario La Ley*, 8763, 1-14.
- Romero Coloma, Aurelia María. (2014). Los internamientos forzosos o no voluntarios: evolución legislativa y problemática actual. *Diario La Ley*, 8241, 1-12.
- Sáez-Santurtún Prieto, Miguel. (2013). El supuesto de internamiento involuntario a raíz de la STC 141/2012 (La Ley 102281/2012). *Diario La Ley*, 8055, 1-4.
- Salas Murillo, Sofía. de. (2020). ¿Existe el derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 780, 2227-2268.
- Sánchez Barrilao, Juan Francisco. (2013). Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental. *Revista de derecho político*, 87, 179-222. <https://doi.org/10.5944/rdp.87.2013.12774>.
- Santos Morón, María José. (2002). *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*. Tirant lo Blanch.
- Tejedor Muñoz, Francisco Javier; Vega Gutiérrez, Javier y Martínez Baza, Pelegrín. (2000). Aspectos ético-jurídicos del internamiento involuntario en centros sanitarios



por razones de salud mental. *La Ley*, 2, 1.557-1.559.

Verda y Beamonte, José Ramón. de. (2016).

El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 9-28. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/52738/9-28.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Vico Fernández, Gema. (2019). Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Civil*, 1(72), 101-160. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2019-10010100160_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_R%C3%A9gimen_jur%C3%ADdico_aplicable_a_los_internamientos_involuntarios_en_centros_geri%C3%A1tricos:_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional.

luntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Civil*, 1(72), 101-160. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2019-10010100160_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_R%C3%A9gimen_jur%C3%ADdico_aplicable_a_los_internamientos_involuntarios_en_centros_geri%C3%A1tricos:_especial_referencia_a_la_jurisprudencia_del_Tribunal_Constitucional.