

EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE ANCIANOS EN
CENTROS GERIÁTRICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

INVOLUNTARY CONFINEMENT OF OLD PEOPLE IN NURSING
HOMES IN SPANISH LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 4, febrero 2016, pp. 9 - 28

Fecha entrega: 20/12/2015
Fecha aceptación: 15/01/2016

El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. “Impacto social de las crisis familiares (Ministerio de Ciencia y de Competitividad)”.

DR. DR. JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia
Presidente del IDIBE
J.Ramon.de-Verda@uv.es

RESUMEN: Atendida la realidad social, caracterizada por un aumento de la esperanza de vida de la población, en el presente artículo se analiza la necesidad de establecer normas específicas que desarrollen una cuestión olvidada por la legislación española: el internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos.

PALABRAS CLAVE: internamiento involuntario; ancianos; centros geriátricos; libertad; incapacitación.

ABSTRACT: Considering the social reality characterized by an increase in life expectancy of the population, this article discusses the need to establish specific laws to develop a forgotten issue by the Spanish legislation: involuntary confinement of the old people in nursing homes.

KEY WORDS: involuntary confinement; old people; nursing homes; freedom; disability.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INTERNAMIENTO VOLUNTARIO PREVISTO EN EL ART. 763 LEC.- III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.- IV. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS DE CARÁCTER CERRADO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL.- V. RAZONES EN FAVOR DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DEL ART. 763 LEC AL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE ANCIANOS.- 1. La literalidad del precepto.- 2. La interpretación flexible de la expresión “trastorno psíquico”.- 3. La falta de determinación del tipo de centro en el que ha de realizarse el internamiento.- 4. La interpretación teleológica.- 5. La inconsistencia del argumento que remite la autorización judicial al ámbito de un juicio de incapacitación.- VI. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En el Derecho español, no existe una regulación del supuesto, cada vez más frecuente, del internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, sin duda, porque tradicionalmente se ha considerado el cuidado de los mayores una labor esencialmente familiar. Sin embargo, la prolongación de la vida de las personas, el aumento de enfermedades que afectan a sus capacidades cognitivas y volitivas (un ejemplo paradigmático lo constituye el Alzheimer), así como la ruptura de la fortaleza de los lazos familiares en un contexto social de incorporación de la mujer al trabajo, obliga a plantearse muy seriamente la necesidad de establecer normas a este respecto.

Entre tanto, el problema que ha de dilucidarse es si, en ausencia de una legislación específica sobre la materia, ha de aplicarse el único precepto existente sobre internamientos involuntarios en nuestro Derecho, esto es, el art. 763 LEC, precepto, que, por lo demás, es excesivamente parco, planteando, además, su carácter de ley ordinaria (no orgánica) problemas de constitucionalidad.

La STC (Pleno) 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado, así, inconstitucional el inciso del párrafo primero del art. 763.1 LEC, según el cual “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”, así como también el inciso del párrafo segundo del art. 763.1 LEC, que establece “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”. La razón es clara: la

posibilidad de internar a alguien sin su consentimiento, sea de modo ordinario (con previa autorización judicial) o extraordinario (con ratificación judicial posterior, en casos de urgencia) afecta a su derecho fundamental a la libertad personal, por lo que “sólo puede regularse mediante ley orgánica”. No obstante, el TC matiza que “A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable”. “Estamos, por consiguiente -añade el TC-, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”.

Hasta el momento el legislador ha hecho caso omiso al requerimiento del TC¹, de modo que sigue vigente el art. 763 LEC, cuyos aspectos procesales han sido, en cambio, considerados constitucionales por la referida sentencia (siguiendo, así, la doctrina expresada por las SSTC 129/1999, de 1 de julio, y 131/2010, de 2 de diciembre respecto al hoy derogado art. 211 CC, precedente del art. 763 LEC, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, posteriormente modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero), porque “establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica”².

II. EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INTERNAMIENTO VOLUNTARIO PREVISTO EN EL ART. 763 LEC.

¹ Véanse a este respecto las severas críticas de LASARTE ÁLVAREZ, C.: “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*, 20 de noviembre de 2012, Sección Tribuna.

² En cualquier caso, a la vista de la doctrina jurisprudencial citada, es incorrecta la tesis seguida por el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229), que considera inaplicable el art. 763 LEC al internamiento de ancianos en centros geriátricos, por haber sido declarado inconstitucional, argumentando que, si bien el TC no ha procedido a una declaración de nulidad del mismo, “esa no declaración de nulidad lo que afecta es a las situaciones jurídicas creadas previamente al amparo de dicha norma, no a las situaciones futuras, en las cuales no cabe solicitar al juez la aplicación de una norma declarada inconstitucional”. Este argumento, además de contradecir claramente la jurisprudencia del TC, llevado hasta sus últimas consecuencias, conduciría al absurdo de considerar que los internamientos de personas con trastornos psíquicos en centros psiquiátricos (y no sólo de ancianos en centros geriátricos) posteriores a la STC (Pleno) 132/2010, de 2 de diciembre, podrían realizarse sin autorización judicial, porque la norma que lo exige carece de rango de Ley Orgánica.

El art. 763 LEC regula 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”, exigiendo, en todo caso, la autorización judicial, con el fin de salvaguardar el derecho a la libertad personal garantizado por el art. 17.1 CE.

Hay que tener en cuenta que este control judicial previo o inmediatamente posterior al momento en que se realiza (en los casos de urgencia), que hoy se considera una garantía imprescindible en orden a impedir restricciones indebidas la libertad personal, no se produce en nuestro Derecho hasta la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que lo introduce en la redacción que dio al hoy derogado art. 211 CC (precedente del art. 763 LEC), pues hasta entonces estaba vigente el viejo Decreto republicano de 3 de julio de 1931, que contemplaba un régimen del internamiento involuntario de carácter administrativo, que tenía lugar, a petición de los familiares, apoyada por informe médico, o por resolución del Gobernador Civil. El control judicial sólo se producía *a posteriori*, si se cuestionaba la medida³.

El art. 763 LEC contempla dos tipos de internamiento involuntario: el ordinario, que presupone la autorización judicial previa, y el extraordinario o excepcional, cuando “razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”, en cuyo caso el responsable del Centro Médico donde se haya realizado tendrá que comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, la cual denegará o ratificará la medida en el plazo, también máximo, de 72 horas.

El precepto, en su número tercero, establece sólidas garantías procesales, respecto de cuyo cumplimiento la jurisprudencia del TC se muestra rigurosa⁴: “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”. “En todo caso –se añade-, la decisión que el

³ Sobre la regulación establecida en este precepto y, en general, respecto de la evolución histórica de la regulación de los internamientos involuntarios en el Derecho español, véase BARRIOS FLORES, L. F.: “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, Ene-Jun. 2012, pp. 31-56.

⁴ Véase a este respecto STC 141/2012, de 12 de julio.

tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación”⁵.

En particular, respecto a las condiciones fijadas para el internamiento excepcional por razones de urgencia, la STC 141/2012, de 12 de julio, observa que “a) Se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la ‘urgencia’ o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad. b) La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad”⁶.

⁵ El Juez, antes de decidir sobre la autorización o ratificación del internamiento, ha de tener en cuenta la consolidada doctrina del TC (trasunto de la del TEDH), según la cual ha de cumplir tres condiciones mínimas: “a) haberse aprobado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo” (SSTC 104/1990, de 4 de junio; 129/1999, de 1 de julio; y STC 141/2012, de 12 de julio).

⁶ La referida sentencia, además, de apreciar que el auto judicial de ratificación de la medida del internamiento de una persona afectada por un trastorno bipolar, no había cumplido el plazo máximo de las 72 horas del art. 763.1.II LEC y de que no se había garantizado el derecho a la defensa de la persona internada, consideró que el mismo no había sido suficientemente motivado. Dice, así, que “Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión”. La reciente STC 22/2016, de 5 de febrero, insiste en el derecho a la asistencia jurídica de la persona sometida al procedimiento del art. 763 LEC. Dice, así, que “para hacer efectivo este derecho a la asistencia jurídica, que resulta irrenunciable para su titular, el Juez debe dirigirse al afectado; si es en la modalidad de internamiento urgente con la antelación necesaria dentro del plazo de las 72 horas en que ha de sustanciarse el procedimiento; antes o a más tardar durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, a fin de informarle

Por último, el art. 763.4 LEC establece controles médicos y judiciales a fin de no prolongar más allá de lo estrictamente razonable el internamiento, en los siguientes términos.

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”.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA.

La cuestión que se suscita es si la regulación explicada se debe aplicar al internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, esto es, si se debe encomendar a las familias la decisión de internar en este tipo de centros a personas mayores que sufran un trastorno psíquico, médicamente constatado, que les impida autodeterminarse sobre esta cuestión o si, por el contrario, ha de encomendarse al juez la decisión sobre este extremo con respeto a todo el sistema de garantías procesales establecidos en el art. 763 LEC, cuestión ésta que no está resuelta jurisprudencialmente de manera definitiva, existiendo al respecto fallos contradictorios de los Tribunales de

de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un Abogado y Procurador, sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio. Si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite de manera expresa y sin reservas el art. 763.3 de la misma ley”. Concretamente, la referida sentencia estimó el recurso de amparo presentado por el Ministerio Fiscal contra el auto que había ratificado el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, sin asistencia letrada, que ella misma había solicitado.

instancia, que, sin embargo, parecen decantarse de manera paulatina en favor de dicha aplicación.

En un primer momento, en efecto, la jurisprudencia se manifestó en contra de esta aplicación, básicamente, por considerar que el precepto estaba pensado para el internamiento en centros psiquiátricos de personas que padecieran enfermedades mentales, con la finalidad de ser tratadas de sus dolencias y conseguir su recuperación, pero no, para el ingreso en centros geriátricos de personas mayores que tuvieran mermadas sus facultades mentales de manera permanente e irreversible, porque, en este caso, el internamiento cumplía una función asistencial, ajena a la finalidad pretendida por el art. 763 LEC, suponiendo además una innecesaria complicación procedimental, sobre todo, por la exigencia legal de realizar controles judiciales semestrales respecto de personas ancianas que nunca iban a recuperar sus facultades mentales, con las consiguientes molestias para las mismas.

Las emblemáticas SSAP de Barcelona (Sección 16^a) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151) (recaídas en juicios penales) dicen, así, que “La motivación del ingreso [en centros geriátricos] es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos [...] Y es que el planteamiento de estas cuestiones como ‘privaciones de libertad’ no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del tratamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente”. Más adelante, observa: “Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que estar siendo controladas cada seis meses como única forma legal de regularizar una continuidad que es evidente desde el primer día y cuya alternativa (que se fuera el residente) es absurda en estos casos”⁷.

⁷ En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 1^a) de febrero de 1999 (AC 1999, 4388): “Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo [763 LEC], conduce siempre a la misma conclusión: 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”.

Sin embargo, esta posición, seguida por otros fallos posteriores⁸, está cediendo paulatinamente ante otra mayoritaria, que me parece correcta, la cual considera que debe aplicarse el art. 763 LEC a este clase de internamientos, porque no es posible ingresar a ninguna persona, que carezca de capacidad natural de entender y de querer en un establecimiento cerrado, sin autorización judicial, por suponer siempre dicha medida una limitación de su derecho fundamental a la libertad personal, tesis ésta, que actualmente es mayoritaria en la doctrina dominante⁹.

Así, los también emblemáticos Autos de la AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) afirman 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 de 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. 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”; y concluyen: “Puede decirse que el sistema de garantías protectoras de la libertad de las personas, la necesidad del control judicial, en definitiva, entra en juego y se hace preciso desde el momento en que concurren estos dos factores: internamiento en régimen cerrado que

⁸ Como los Autos de la Audiencia Provincial de la Rioja de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 721), de 13 de abril de 2000 (JUR 2000, 191488), de 2 de junio de 2000 (JUR 2000, 224936), de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 110480) y de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 113446), los Autos de la AP de Vizcaya (Sección 3ª) de 20 de enero de 2003 (JUR 2003, 121535), (Sección 4ª) de 28 de enero de 2003 (AC 2003, 101), (Sección 5ª) de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 159) y de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003, 38077) , el Auto de la AP de Zaragoza (Sección 5ª) de 20 de julio de 2006 (JUR 2006, 224763) o el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229).

⁹ Véase, así, entre otros, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “Sobre el internamiento involuntario de los ancianos no incapacitados en centros geriátricos”, *Diario La Ley*, 6 de noviembre de 2012, Sección Tribuna, y la doctrina citada en la nota a pie de página, núm. 22, de dicho trabajo; como también posteriormente, BERENGUER ALBALADEJO, Mª. C.: “Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica”, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, p. 283, nota 54, y p. 285; y ROMERO COLOMA, Mª. A.: “Los internamientos forzosos o no voluntarios: evolución legislativa y problemática actual”, *Diario La Ley*, 31 de enero de 2014, Sección Doctrina.

comporta la privación de libertad deambulatoria y que no sea voluntario (porque se actúa contra la voluntad del sujeto o porque no está en condiciones de prestarlo)”.

IV. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS DE CARÁCTER CERRADO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD PERSONAL.

A mi parecer, una cosa es clara, no es posible ingresar a ninguna persona sin su consentimiento en un establecimiento cerrado, porque dicho internamiento, cualquiera que sea su finalidad (terapéutica o asistencial) implica siempre una privación de libertad, que debe ser decidida por el propio afectado y, si éste no está en condiciones de discernimiento, por el juez en su beneficio: se trata de una decisión de carácter personalísimo, que no puede ser adoptada por sus familiares, ni siquiera, aunque, por haber sido incapacitado, fueran sus representantes legales; y esto no es así, porque lo diga el art. 763 LEC, sino porque es una exigencia constitucional, que deriva de la consagración en el art. 17 CE del derecho fundamental a la libertad personal.

Lo dicho es plenamente predicable respecto del ingreso no consentido de ancianos en centros geriátricos, sin que sea posible admitir la categoría del *internamiento avoluntario*, a la que en cierta jurisprudencia de instancia se ha hecho referencia para justificar la inaplicación del art. 763 LEC, como una especie de *tertium genus* entre el internamiento voluntario y no voluntario.

Hay que volver a hacer referencia a las SSAP de Barcelona (Sección 16^a) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151), que sitúan la cuestión, al referirse a “la actividad de centros y residencias geriátricas que acogen a personas de edad avanzada que, con frecuencia, padecen minusvalías de diverso tipo e ingresan sin mostrar voluntad o la pierden con posterioridad y permanecen en la residencia períodos de duración no definida”. Contra el parecer del Ministerio Fiscal, que había considerado este supuesto como un caso de privación del derecho fundamental a la libertad, afirman: “Cabe ya inicialmente constatar que la aceptación por parte del residente de su situación, expresa o tácita (ingreso ‘voluntario’) puede convalidar la posible duda sobre privación de libertad [...] y que la inexistencia de manifestación expresa de voluntad (la ‘avoluntariedad’) 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”.

Creo que el llamado *internamiento voluntario* es una categoría falaz, porque el ingreso en un centro geriátrico, o es voluntario, o no lo es. Cuando se utiliza esta categoría parece hacerse referencia a un internamiento tácitamente consentido por el anciano, que, por esta causa, no necesitaría ser autorizado judicialmente. Ahora bien, se olvida la circunstancia de que, si la persona mayor carece de capacidad para apreciar las consecuencias del acto, es imposible que lo consienta, ni de manera expresa, ni de manera tácita, además de que el ingreso en un establecimiento de carácter cerrado es una medida, de tal gravedad, que el responsable del centro ha de exigir el consentimiento expreso del anciano, si éste puede prestarlo y, en caso contrario, ha de recabar autorización judicial, bien para internarlo, bien para continuar su internamiento, si éste se inició voluntariamente, cuando el interno se hallaba en plenas condiciones mentales para adoptar tal decisión¹⁰. Hay que recordar que el art. 14.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, en sus letras a) y b), obliga a los Estados a garantizarles que disfruten del “derecho a la libertad” y a que “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente”. Así mismo, el art. 4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, en sus letras g) y h), les reconocen los derechos a “decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial” y al “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”¹¹.

V. RAZONES EN FAVOR DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DEL ART. 763 LEC AL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE ANCIANOS.

Una vez sentada la premisa de que el internamiento no voluntario en un

¹⁰ Comparto, pues, la tesis, expuesta por RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “Sobre el internamiento”, cit., según la cual el concepto de *voluntariedad* es “un término creado *ad hoc* y que conforma una presunción de conformidad carente de sentido y poco garantista de los derechos de los ciudadanos”.

¹¹ En el ámbito de la legislación autonómica el art. 45.1 de la Ley andaluza 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”. La expresión de “incapacidad presunta” remite, sin duda, a la redacción del derogado art. 211 CC, dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y debe entenderse referida a los ancianos que, por razón de un trastorno psíquico, no puedan prestar, por sí mismos, el consentimiento para el internamiento en cualquier centro cerrado. En el mismo sentido se orienta el art. 5.4 del Decreto catalán 145/1990 de 3 de mayo, por el cual se definen los establecimientos y servicios de acogida residencial para las personas de la tercera edad, según el cual “En caso de que del informe médico se desprenda la existencia de una presunta causa de incapacidad, será necesaria la autorización judicial previa al ingreso”.

centro geriátrico debe ser autorizada judicialmente, surge la cuestión de determinar el procedimiento que ha de seguirse y, más concretamente, ante la inexistencia de una regulación específica sobre la materia, si es aplicable el procedimiento del art. 763 CC.

1. La literalidad del precepto.

Un sector de la jurisprudencia ha entendido que dicho procedimiento no puede aplicarse, porque el legislador no estaba pensando en este supuesto cuando promulgó la norma.

En este sentido se pronunciaron las SSAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151), respecto del art. 211 CC (precedente, como se ha dicho del art. 763 LEC): “Los antecedentes históricos y legislativos del art. 211 se hallan en el Decreto 3 julio 1931 (que a su vez derogó los Decretos 2 y 18 mayo 1855) siempre en la línea de los ingresos psiquiátricos, de manera que el art. 211 CC no puede referirse, por sus antecedentes históricos, a la nueva realidad social de la geriatría. Tanto los trabajos prelegislativos (Comisión General de Codificación) como las discusiones parlamentarias (cfr. ‘ad exemplum’ la intervención del diputado señor P. R., Diario de Sesiones del Congreso de 5 de mayo de 1982) se refieren a los ingresos psiquiátricos (‘manicomios’), en línea con la interpretación del art. 5 del Convenio de Roma y nunca a los centros geriátricos”.

Desde mi punto de vista, el hecho de que el legislador no contemplara una hipótesis al redactar una norma no significa que no pueda aplicársele, si encaja dentro de la redacción y de la finalidad perseguida por la misma, cosa que creo que sucede en el caso que nos ocupa.

2. La interpretación flexible de la expresión “trastorno psíquico”.

Hay que observar que el art. 763.1 LEC se refiere al internamiento, “por razón de *trastorno* psíquico”, expresión ésta, que es lo suficientemente amplia para abarcar, no sólo las estrictas enfermedades psiquiátricas, sino también otras circunstancias o padecimientos que provocan un déficit cognitivo-volitivo que impide a una persona decidir por sí misma la adopción de una medida que lo beneficia. Es, por ello, que se entiende que es necesaria la autorización judicial a través del procedimiento regulado en dicho precepto para el internamiento de toxicómanos o drogodependientes; y también, según la jurisprudencia más reciente, de ancianos con enfermedades tales como la

demencia senil o el Alzheimer¹².

Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545) y de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) exponen: “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 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 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 art. 763 de la LEC”.

Los referidos Autos consideraron procedente autorizar el internamiento (o, mejor dicho, ratificar el ya realizado, con carácter de urgencia, que es el caso más frecuente) en los siguientes supuestos: síndrome de demencia con déficit cognoscitivo grave¹³; trastorno bipolar junto con las lesiones cerebrales, que implicaban cierto déficit o deterioro cognitivo, ya que la paciente presentaba alteraciones de la memoria (olvidos frecuentes), orientación, lenguaje y capacidades ejecutivas, siendo dependiente para casi todas las actividades de la vida diaria, así como para todas las actividades instrumentales, ya que no era responsable de su medicación, siendo incapaz de manejar dinero y de cuidar una casa¹⁴; falta de autogobierno o de capacidad para prestar el consentimiento, refiriéndose el informe médico acompañado en la solicitud a un padecimiento consistente en deterioro cognitivo tipo Alzheimer avanzado, que determina un deterioro cognitivo de grado severo y necesidad de ayuda en todas las actividades de la vida diaria¹⁵; desorientación en tiempo y espacio, deterioro cognitivo grave que provoca a una anciana de 89 años importantes lagunas de memoria (reciente y remota) e incapacidad para mantener una conversación coherente y para manejar dinero y documentos¹⁶.

¹² BERENGUER ALBALADEJO, Mª C.: “Los internamientos”, p. 276.

¹³ Auto de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074).

¹⁴ Auto de la AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545).

¹⁵ Auto de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190).

¹⁶ Auto de AP de Pontevedra (Sección 6ª) 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612).

El Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª) de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012, 124471) constata que el internamiento previsto en el art. 763 LEC “comprende también el meramente asistencial, ya que los trastornos psíquicos a los que se refiere esta norma pueden venir originados, no sólo por una enfermedad de carácter psiquiátrico, sino también por una patología degenerativa o incluso de un trastorno físico que tenga

3. La falta de determinación del tipo de centro en el que ha de realizarse el internamiento.

El art. 763 no precisa en qué tipo de centro ha de realizarse el internamiento, salvo para aclarar en su número 2 que “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”. Esta redacción obedece, como ya he dicho, a la finalidad en la que estaba pensando el legislador al regular la norma (centros psiquiátricos), pero del mismo modo en que es posible aplicar el procedimiento en él previsto para internar al menor en otro tipo de establecimientos (por ejemplo, de desintoxicación o de tratamiento de trastornos alimenticios, como anorexia o bulimia), no parece que deba haber ningún obstáculo para aplicarlo al ingreso de personas mayores en establecimientos geriátricos.

Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612), observan: “Atento a la situación que en aquel momento se le planteaba al legislador, es probable que en la redacción del art. 763 de la LEC 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”; y añade: “Debe advertirse 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; véase si no el art. 271 del CC que exige autorización judicial para que el tutor pueda internar al tutelado en un establecimiento de salud

consecuencias psíquicas, siendo lo decisivo que el régimen del centro de internamiento prive al afectado por la medida de su facultad deambulatoria y limite su libertad personal”. Concretamente, ratificó el internamiento de una persona anciana con un deterioro cognitivo grave.

Igualmente, los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 29 de junio de 2102 (JUR 2013, 147223) y de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 149948) entienden que “El trastorno psíquico a que se refiere el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se limita a la enfermedad mental, sino que se extiende también a aquellas deficiencias o patologías seniles que padecen frecuentemente personas de la tercera edad, como la demencia vascular, el mal de Alzheimer, la enfermedad de Parkinson, y otras alteraciones caracterizadas por el deterioro de la memoria, la reducción del control emocional o de la motivación, y la disminución de la capacidad cognoscitiva. No hay razón objetiva para no hacer extensivas a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías del mentado art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; y añaden: “En resumen, no se trata de exigir la intervención judicial garantista por el hecho de que la persona de que se trate tenga una edad avanzada, sino porque el deterioro de sus facultades mentales no le permite prestar el consentimiento necesario”.

mental o de educación o formación especial”¹⁷.

En realidad, como ha sido constatado por parte de la jurisprudencia de instancia, dado que el ingreso ha de ser siempre en un establecimiento adecuado al estado del interno, el centro geriátrico en que ingrese una persona con facultades mentales mermadas ha de proveer al tratamiento de la deficiencia que provoque dicha merma, por lo que no estaremos ante un internamiento meramente asistencial¹⁸.

4. La interpretación teleológica.

El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, no sólo entra del tenor del art. 763 LEC, interpretado flexiblemente, sino que, además, se ajusta plenamente a la finalidad pretendida por la norma, que es la

¹⁷ El Auto de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª) de 8 de mayo de 2009 (JUR 2009, 372053) precisa que el art. 763 LEC “sólo 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”. Del mismo modo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 24 de enero de 2012 (JUR 2012, 106056) afirma 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”.

¹⁸ Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Segovia (Sección única) de 27 de marzo de 2000 (AC 2000, 4094) afirma 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, con independencia y más allá del ‘fraude de etiquetas’ que con frecuencia se utiliza”. Pero, además, que, cuando la persona anciana tenga un trastorno psíquico, el internamiento “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 y que determinan el parte que incluye la documentación que acompaña a la demanda”.

Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) observan que “Por lo demás, 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. Por otro lado, 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”.

de evitar que pueda internarse en un establecimiento cerrado a una persona que no se halle en condiciones de decidirlo por sí misma, sin autorización judicial, faltando la cual se podría incurrir en un delito de detención ilegal¹⁹. Resultaría un tanto absurdo una interpretación rigorista del precepto para excluir la aplicación del procedimiento y, en consecuencia, permitir ingresos de ancianos con trastornos psíquicos sin las garantías procedimentales que en él se regulan para impedir privaciones indebidas de libertad²⁰.

La autorización judicial se requerirá, no sólo para el internamiento del anciano o para la ratificación del realizado sin previa autorización por vía de urgencia (que, como he dicho antes es el supuesto más frecuente), sino también para que una persona que entró voluntariamente en un centro geriátrico, pueda seguir permaneciendo en él, una vez que haya perdido la

¹⁹ Véanse a este respecto las extensas consideraciones de COUTO GÁLVEZ, R., MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: *La protección jurídica de ancianos*, Colex, Madrid, 2007, pp. 117-180.

²⁰ Los Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) exponen que “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, quíerose 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, único instrumento legal que en nuestro ordenamiento jurídico regula los internamientos no voluntarios de personas que carecen de conocimiento y entendimiento para decidir sobre su propio ingreso”.

Los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 29 de junio de 2102 (JUR 2013, 147223) y de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 149948) afirman que “Lo realmente decisivo no es el tipo de establecimiento (terapéutico o asistencial) donde se produce el ingreso y la pérdida de libertad de movimientos, sino el hecho de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir acerca del referido internamiento en centros en los que existan barreras físicas o personales que impidan su abandono voluntario y libre”.

El Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª) de 2 de febrero de 2012 (JUR 2012, 124471) observa que, “Si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mayor motivo se ha de exigir cuando no lo tiene o si el que padece es de signo degenerativo, ya que siendo necesario el control judicial para el internamiento en un centro psiquiátrico con la finalidad de prestar un tratamiento curativo, temporal o provisional, a esta clase de enfermedades, mucho más lo será si el internamiento se hace en un establecimiento geriátrico, con un fin meramente asistencial y por tiempo indefinido. Es evidente que esta clase de internamiento, cuando se da una situación de privación de la libertad de la persona que no está capacitada para decidir por sí misma, no difiere, en sus condiciones esenciales, de la contemplada en el art. 763 de la LEC, lo que justifica la intervención judicial”.

facultad de decidir por sí misma, como consecuencia de un trastorno psíquico sobrevenido²¹.

El Auto de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 2ª) de 10 de octubre de 2012 (JUR 2013, 135332) se refiere, así, a una persona que con el “paso del tiempo ha sufrido un deterioro en sus facultades psíquicas que han transformado su internamiento en involuntario, sin que por razones de su estado se encuentre en condiciones de decidir dicho internamiento por sí misma”; y observa que “cualquier alteración psicológica que implique un libertad de movimiento de una persona por causa de la necesidad de tratar ese trastorno, bien sea para su curación o para su tratamiento asistencial, pues la ley no distingue pero el espíritu y finalidad de la norma no puede ser otra que evitar que se pueda producir esa privación de libertad sin el control de la autoridad competente, que es la judicial”.

El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 47201) observa que “En un geriátrico 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 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”. En este caso, se trataba de una anciana con desorientación ocasional, significativo trastorno de memoria, inestabilidad emocional, importantes incoherencias en la comunicación e incapacidad de alimentarse y asearse por sí sola, por lo que concedió la autorización solicitada.

En el ámbito de la legislación autonómica el art. 212-6 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña establece 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”.

Así mismo, deberá acudirse al procedimiento del art. 763 LEC para regularizar aquellos supuestos en que, conforme a una práctica habitual pasada, se internaba en centros geriátricos a personas mayores carentes de plenas facultades mentales sin la preceptiva autorización judicial, tal y como – respectivamente- hicieron los Autos de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2ª) de 29 de junio de 2102 (JUR 2013, 147223) y de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 149948), respecto de una persona diagnosticada de demencia y Alzheimer, cuyo ingreso se remontaba a tres años atrás, y

²¹ Véase, en este sentido, entre otros, ROMERO COLOMA, Mª A.: “Los internamientos forzosos”, cit.

respecto de otra, que sufría un importante deterioro de sus capacidades cognitivas y funcionales, así como una grave desorientación espacio-temporal, la cual había sido internada hacía más de siete años.

5. La inconsistencia del argumento que remite la autorización judicial al ámbito de un juicio de incapacitación.

No es convincente el argumento utilizado por alguna jurisprudencia para rechazar la aplicación del art. 763 LEC al internamiento no voluntario de personas mayores en centros geriátricos, consistente en afirmar que el único cauce adecuado es el de instarse la incapacitación de las mismas y, en su caso, solicitar, como medida cautelar, su ingreso en el marco del procedimiento de incapacitación.

En este sentido se orienta el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229). Respecto del caso de que conoce, dice así: “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, cuanto 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 que son extrañas a la presente resolución, debiendo obtenerse la respuesta a través de los procesos declarativos de incapacidad, en los que se valore su capacidad para controlar y dirigir su persona y bienes, con adopción de medidas de protección adecuada, pudiendo, si fuese necesario el Ministerio Fiscal instar medidas cautelares, pero no el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Sin embargo, no se entiende la razón por la cual el internamiento no voluntario de un anciano en un centro geriátrico, en particular, cuando la medida tiene que ser adoptada urgentemente, deba requerir la previa iniciación de un procedimiento de incapacitación. Es claro que el derecho fundamental a la libertad personal de las personas mayores se salvaguarda mejor exigiendo, desde ya, la autorización o ratificación judicial del ingreso, y ello, sin perjuicio de que, simultánea o posteriormente, pueda instarse la incapacitación del anciano internado (no son cosas incompatibles).

En realidad, este problema es el mismo que se pueda plantear en relación con la necesidad de internar urgentemente a enfermos mentales en centros psiquiátricos, aun cuando no estén incapacitados (serían, por ejemplo, los

casos de síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o de *delirium tremens*)²². Hay que recordar que en la redacción del derogado art. 211 CC, dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se hablaba del internamiento del “presunto incapaz”, expresión ésta que, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sustituyó por la de persona que “por razón de trastorno psíquico”, “no esté en condiciones de decidirlo por sí mismo” [el internamiento], que es la que ha pasado al art. 763 LEC, precisamente, para desvincular el procedimiento de internamiento forzoso del de incapacitación. Como ha sido observado, el internamiento forzoso es “una medida que puede adoptarse tanto antes del procedimiento de incapacitación, como durante el mismo, como en la propia sentencia de incapacitación, como al margen totalmente de dicho proceso”²³.

VI. LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

Por último, es de reseñar que la tesis de que el ingreso no voluntario de ancianos en centros geriátricos debe ser autorizada judicialmente es ya defendida por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 3/1990, de 7 de mayo, respecto al derogado art. 211 CC (precedente del art. 763 LEC), que dice así: “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 psíquico, que impidan prestar tal consentimiento, a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código Civil, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la

²² Citados por ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La incapacitación en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 274.

²³ BERENGUER ALBALADEJO, M^a C.: “Los internamientos”, cit., p. 276.

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, al igual y previos los trámites previstos en el artículo 211 del Código Civil, dicte la correspondiente autorización judicial”.

ÍNDICE