

Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA VICO FERNÁNDEZ

Letrada de la Administración de Justicia
Doctora en Derecho

RESUMEN

La regulación de los internamientos involuntarios contenida en el artículo 211 del Código Civil fue modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, siendo dicho artículo derogado y sustituido por el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, según el cual requiere autorización judicial el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí.

El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no se refiere al internamiento involuntario de ancianos que padecen un trastorno psíquico en centros geriátricos. La doctrina y jurisprudencia están divididas en cuanto a la aplicación de este precepto a este tipo de internamientos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los internamientos involuntarios en múltiples ocasiones, indicando los requisitos que debe tener el internamiento para ser conforme al artículo 17 de la Constitución, refiriéndose la sentencia 13/2016, de 1 de febrero, a la posibilidad de que las residencias geriátricas puedan ser el centro al que se refiere el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De acuerdo con la legislación aplicable a estos internamientos, así como la jurisprudencia, podemos destacar la necesidad de su reforma para adecuarla a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por España, dentro de los que destaca la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

PALABRAS CLAVE

Centro geriátrico, internamiento involuntario, personas mayores, enfermedad mental, incapacidad, discapacidad.

Legal framework applicable to involuntary internment in geriatric residences: special reference to the jurisprudence of the constitutional court

ABSTRACT

The regulation of involuntary internments contained in article 211 of the civil code was modified by organic law 1/1996, of January 15th, on the legal protection of minors, said article being repealed and replaced by article 763 of law 1/2000, of January 7th, of civil procedure, according to which judicial authorization requires the internment, due to psychic disorder, of a person who is not in a position to decide for themselves.

Article 763 of law 1/2000, of January 7th, of civil procedure, does not refer to de involuntary placement of elderly people suffering from a psychic disorder in nursing homes. The doctrine and jurisprudence are divided as to the application of this type of internment.

The constitutional court has ruled on involuntary internment on multiple occasions, indicating the requirements needed for internment so as to comply with article 17 of the constitution, referring to judgment 13/2016, of February 1st, on the possibility that geriatric residences may be the center referred to in article 763 of civil procedure law.

In accordance with the legislation applicable to these internments, as well as jurisprudence, we can highlight the need for reform so as to adapt it to the constitution and the international treaties ratified by Spain, among which the 2006 international convention on the rights of persons with disability.

KEY WORDS

Geriatric center, involuntary commitments, elderly people, mental illness, incapacitation, disability.

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Regulación de los internamientos involuntarios: ¿aplicación a los internamientos en centros geriátricos de la regulación contenida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?* 2.1 Clases de internamiento 2.2 Procedimiento aplicable 2.3 Relación entre el internamiento y la incapacidad 2.4 Derechos de la persona internada: tratamientos médicos a los que puede ser sometida y referencia al derecho de sufragio.—III. *Incidencia de la autotutela y las voluntades anticipadas en el internamiento involuntario*. 3.1 Referencia a la posible reforma de la legislación vigente. 3.2 Conclusiones. Jurisprudencia-Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española garantiza en el artículo 43, dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado español, el derecho a la protección de la salud, estableciendo que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios», pero también debe garantizar la libertad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 17.

El tratamiento de los internamientos involuntarios forma parte de otro marco jurídico más amplio, el de los reconocimientos, las intervenciones facultativas y la asistencia que se realicen sin contar con la voluntad de las personas objeto de los mismos, por razones de carácter sanitario y social.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad es un principio constitucional básico consagrado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Este principio tiene un papel esencial en el ámbito de la capacidad de obrar de las personas, cobrando especial relevancia en relación con la toma de decisiones en materia sanitaria de personas con diversidad funcional y se refiere a la capacidad de las personas de decidir libremente y adoptar aquellas decisiones que afecten a su vida, siempre respetando los límites de la ley, los derechos de los demás y el orden público.

Según el artículo 10.2 de nuestra Constitución, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre estos tratados, podemos destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, que en su artículo 5 se refiere al «internamiento de los enajenados». Debe asimismo tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta dicho convenio, el Convenio de

Oviedo de 1997 y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

En este trabajo analizaré la problemática suscitada en torno al internamiento de personas mayores que no tienen capacidad para decidir por sí mismas, al hallarse afectadas por trastornos de carácter degenerativo o propios de la edad cuando deban ser ingresados en centros geriátricos o residencias de carácter asistencial, haciendo especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a los internamientos involuntarios, refiriéndome asimismo a la necesidad de reforma de la legislación vigente en la materia. Este trabajo tiene su origen en uno de los temas que traté en la tesis doctoral en el año 2015, y, en el mismo he tenido en cuenta las recomendaciones que me hicieron en el tribunal de defensa de tesis, procediendo asimismo a su actualización con las nuevas sentencias y artículos publicados sobre la materia que se han considerado relevantes.

II. REGULACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS: ¿APLICACIÓN A LOS INTERNAMIENTOS EN CENTROS GERIÁTRICOS DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 763 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL?

Durante la vigencia del Decreto de 3 de julio de 1931, que fue modificado por el Decreto de 27 de mayo de 1932 y por la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932, se estableció un sistema de internamiento involuntario de «enajenados» sometido a la sola autorización administrativa. De este modo, la persona susceptible de ser internada por el trastorno mental que padecía se hallaba indefensa ante el sistema administrativo.

Esta situación fue objeto de críticas muy duras¹ y, además, colisionaba con el derecho a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución, y con principios recogidos en convenios internacionales ratificados por España.

La regulación vigente del internamiento involuntario es fruto de sucesivas reformas surgidas al amparo de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y también al amparo de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal

¹ LETE DEL RÍO, J. M. (1985) considera que la normativa «incurre en el grave y peligroso defecto de sustraer al control judicial el internamiento, con claro detrimento de la libertad y seguridad de la persona, al atender sólo a consideraciones médicas y administrativas, y olvidando los preceptos jurídicos sustantivos...», p. 200.

Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional. Con la actual regulación que tiene su origen más inmediato en La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, se dota al mismo de la garantía derivada del control judicial del internamiento involuntario².

La promulgación de la Constitución Española en 1978 implicó, tanto para los discapacitados psíquicos como para los físicos, el establecimiento de una política social económica de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, y la necesidad de protegerlos, especialmente en el disfrute de los derechos reconocidos en el título I, lo que se consolidó con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que estableció el principio general de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la equiparación de las personas con problemas de salud mental a las demás personas, consagrando su derecho a la información así como el reconocimiento de su consentimiento como requisito previo para cualquier intervención médica.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de octubre de 1979, en su artículo 5.1 establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos que taxativamente enumera en los apartados a)-f) y en virtud del procedimiento establecido por la ley. El apartado e) se refiere al «internamiento, 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», considerando, por tanto, que el internamiento de un «enajenado» es una privación de libertad. Sobre esta base se reformó el Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se dio redacción originaria al artículo 211 CC, y se produjo el primer ajuste al artículo 17.1 de la Constitución, al determinarse los casos y la forma en que podía restringirse la libertad individual, disponiéndose un sistema de internamiento bajo control judicial.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, por tanto, abandona el control administrativo de los internamientos de presuntos incapaces, instaurándose el control judicial en el artículo 211 del citado texto. Esta ley

² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003) consideran, al analizar los internamientos involuntarios, que «se trata de medidas que deben estar rodeadas de garantías, pues no es insólito el caso en que personas sanas y cuerdas han sido objeto, en establecimientos médicos, de lo que penalmente hay que denominar "detenciones ilegales", especialmente a merced de parientes sin escrúpulos y de facultativos complacientes», p. 251.

originó numerosos problemas interpretativos puestos de relieve por la doctrina³ y de aplicación práctica, pues dispuso un solo precepto, el artículo 211, para sustituir treinta y cinco disposiciones del Decreto de 1931, lo que resultaba insuficiente para resolver todas las cuestiones de fondo y procedimentales que se suscitaban en su aplicación. Ello llevó a la doctrina a considerar aconsejable no prescindir totalmente de los criterios del Decreto de 3 de julio de 1931, en cuanto fuesen compatibles con la protección de los derechos fundamentales establecida constitucionalmente⁴.

La regulación de los internamientos involuntarios contenida en el artículo 211 CC fue modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, siendo dicho artículo derogado y sustituido por el artículo 763 LEC.

Las sentencias 131/2010⁵ y 132/10⁶, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional declararon la inconstitucionalidad tanto del párrafo primero del artículo 211 CC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, como del párrafo primero del artículo 763.1 LEC, por infringir los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución.

En el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional se remite a la aplicación de la doctrina sentada en su Sentencia 129/1999, de 1 de julio, y declara en base a la misma la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 LEC que permiten la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, al tratarse de una medida privativa de libertad incluida dentro del ámbito del artículo 17 de la Constitución, solo puede regularse mediante ley orgánica conforme establece el artículo 81 de la Constitución.

La declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de los preceptos indicados, pues ello generaría una situación de vacío normativo, limitándose el Tribunal Constitucional a instar al legislador a regular la medida de internamiento involuntario mediante ley orgánica.

La sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012⁷, de 2 de julio, siguiendo la doctrina de las sentencias 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, ratifica la insuficiencia de la regulación normativa ordinaria y asimismo reitera en su fundamento jurídico tercero el requerimiento ya efectuado al legislador en las anteriores sentencias:

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984), pp. 970-973.

⁴ GARCÍA GARCÍA, L. (2000), pp. 200-201.

⁵ «BOE» núm. 4, 5 de enero de 2011, Sec. TC, pp. 95-105.

⁶ «BOE» núm. 4, 5 de enero de 2011, Sec. TC, pp. 106-112.

⁷ «BOE» núm. 181, 30 de julio de 2012, Sec. TC, pp. 13-27.

Instamos entonces al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo⁸.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su artículo 2 apartado primero, modifica la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confiriéndole el carácter de ley orgánica al artículo 763 del citado texto.

El Tribunal Constitucional entiende –incluida en el artículo 17.1 de la Constitución– la privación de libertad que se produce en los internamientos involuntarios, cuando la autoridad judicial la acuerda bien como medida cautelar en un proceso ya iniciado, o bien como medida definitiva impuesta en sentencia. Así el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 141/2012, de 2 de julio, establece que la privación de libertad que se produce en los internamientos involuntarios ha de respetar las garantías que exige la protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 17 de la Constitución, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España, conforme establece el artículo 10 de la Constitución.

Dentro de estos tratados internacionales cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de octubre de ese mismo año, que establece, en su artículo 5.1. e), que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad, salvo en los casos que enumera y con arreglo al procedimiento establecido en la ley. Dentro de estos casos se incluye la privación de libertad, conforme a derecho de un «enajenado».

Para que esta privación de libertad sea considerada legal, según doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que

⁸ «Si el viejo refrán de "a la tercera va la vencida" responde a la realidad, harían bien los grupos parlamentarios y los restantes poderes públicos en atender la admisión del Tribunal Constitucional y afrontar, de una vez por todas, que el tema del internamiento de cualquier persona, en cualquier tipo de centro, con visos de continuidad superior al periodo de las setenta y dos horas propio del *habeas corpus*, exige la regulación mediante ley orgánica y que dicha cuestión, aunque otra cosa pueda parecer, es posiblemente más importante y trascendente que la mayor parte de las iniciativas de los últimos tiempos, respecto de la afirmación y desarrollo de la libertad como derecho fundamental constitucionalmente sancionado y consagrado desde 1978, aunque a algunos todavía hoy pueda parecerlas una cierta novedad». LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012), p. 14.

esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifica ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. La privación de libertad no puede prolongarse si no persiste la perturbación⁹. De esta forma, el internamiento psiquiátrico constituye una privación de libertad justificada, que debe autorizarse judicialmente, como una concreción del amparo que los jueces y tribunales prestan a la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Se someten a autorización judicial todos aquellos internamientos motivados por un trastorno psíquico. El artículo 763 LEC, no se refiere al internamiento involuntario de ancianos que padecen un trastorno psíquico en centros geriátricos. La doctrina y jurisprudencia están divididas en cuanto a la aplicación de este precepto a este tipo de internamientos.

La problemática se suscita en torno a la necesidad de autorización judicial cuando el internamiento se refiere a personas mayores que no tienen capacidad para decidir por sí mismas, al hallarse afectadas por trastornos de carácter degenerativos o propios de la edad cuando deban ser ingresadas en centros geriátricos o residencias de carácter asistencial.

El origen de la polémica en torno al internamiento involuntario de personas que padecen un trastorno psíquico o no tienen capacidad para decidir de forma voluntaria su ingreso en centros geriátricos se encuentra en que no existe una regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico, sin que el artículo 763 LEC, se refiera específicamente a este supuesto. La cuestión fundamental se centraría en determinar si este artículo es aplicable a los internamientos en centros geriátricos y, por tanto, si estos internamientos requieren autorización judicial y si se ha de llevar a cabo conforme al procedimiento establecido en dicho precepto¹⁰.

La doctrina y la jurisprudencia están claramente divididas en cuanto a su concreta aplicación, distinguiéndose dos posturas contrapuestas.

El criterio restrictivo, que reserva únicamente la aplicación del artículo 211 CC –en la actualidad, artículo 763 LEC– a los internamientos de personas con problemas de salud mental en centros psiquiátricos, y niega su aplicación a otros centros de internamiento en centros geriátricos, lo podemos encontrar, entre otros, en el auto de la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de febrero de 1999, núm. recurso 1792/1997(ROJ AAP B

⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, núm. recurso 6301/1973 (la ley 140/1979) apartado 39.

¹⁰ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (2012), p. 4.

124/1999) que establece, en su fundamento de derecho segundo, que el artículo 211 del CC:

[...] somete a control judicial los internamientos de personas presuntamente incapaces desde el punto de vista jurídico, sometimiento que no es más que una garantía del derecho a la libertad individual consagrado en el artículo 17 de la Constitución. [...] Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo citado, 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 centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial.

Siguiendo el mismo criterio restrictivo, el auto de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, de 28 de marzo de 2006, núm. recurso 51/2006(ROJ AAP H 211/2006) indica, en su fundamento jurídico segundo:

[...] cuando ingresa en un centro de atención a personas mayores no psiquiátrico, como es el caso, persona incapacitada legalmente, por entenderlo su tutor más conveniente, lo que hace es dar cumplimiento a su obligación de alimentos prescrita en el artículo 269.1 del código civil en el amplio sentido de su artículo 142, bastando con informar al Juez de su situación como prescribe el apartado 4.º de dicho precepto.

En oposición al anterior criterio, encontramos otra opinión manifestada por algunas resoluciones judiciales, de entre las que cabe destacar el auto de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra 133/2011, de 21 de junio, núm. recurso 4149/2011(ROJ AAP PO 789/2011) así como por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción de 7 de mayo de 1990, número 3/1990¹¹, que considera que el artículo 211 CC es de aplicación no solo a los internamientos en centros psiquiátricos, sino a toda clase de internamientos en los que la persona, por padecer una enfermedad mental, no puede prestar su consentimiento de forma válida.

No existe razón alguna para excluir las enfermedades mentales propias de los ancianos. La restricción por el tipo de enfermedad o deficiencia carece de sentido. Lo importante es que la persona que la padece no puede consentir.

Se ha destacado, en esta misma línea, que la normativa aplicable al internamiento de personas mayores por padecer enfermedad psíquica de carácter persistente que les impide autogobernarse, o

¹¹ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/instruccion03_1990.pdf?idFile=65700ff4-e231-46ba-afcf-b462022a3470 [consulta: 07/05/2018].

prestar válidamente su consentimiento es la misma que tiene que aplicase al internamiento de cualquier persona con una enfermedad mental en un centro hospitalario o de salud mental, sin que, por motivos de edad, pueda discriminarse a los ancianos.

Los partidarios de esta interpretación extensiva también señalan que, para que el internamiento de un anciano que no está en condiciones de tomar esa decisión por él mismo esté justificado, será estrictamente necesario, como presupuesto material, la existencia de un trastorno psíquico y que sea aconsejable el internamiento en su beneficio. Además del requisito material de la existencia del trastorno psíquico, es necesario, para que la conducta esté justificada, que se observe el procedimiento previsto en el artículo 763 LEC, que requiere la autorización judicial en los internamientos de las personas que no están en condiciones de decidirlo por ellas mismas.

Prescindir del control judicial de los internamientos de los ancianos podría dar lugar a que los internamientos se produjeran cuando no fueran necesarios o que se prolongaran en algunos casos más tiempo del debido. Además, sería inconstitucional, por suponer una discriminación por razón de la edad, precisamente en un momento de la vida en que la persona es más vulnerable. De ahí la importancia de este requisito, que constituye un elemento esencial para que el internamiento sea conforme a derecho¹².

Dentro de esta postura amplia, algunos autores han mantenido que, a falta de una previsión legal sobre el internamiento de las personas mayores que no pueden prestar válidamente su consentimiento, parece razonable admitir, en ciertos supuestos, la aplicación analógica del artículo 763 LEC. Así, cuando se trata de personas mayores que tienen afectadas sus facultades intelectuales y volitivas, como consecuencia de una demencia severa o enfermedad degenerativa, resulta conveniente exigir la preceptiva autorización judicial, siempre que las circunstancias aconsejen su internamiento en un centro. La intervención judicial permitirá garantizar los derechos de la persona afectada que no se encuentra en condiciones de prestar su consentimiento, decidiendo en su beneficio si procede o no autorizar el internamiento¹³.

En la misma línea de interpretación extensiva se ha destacado que el artículo 4, apartados g) y h) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, regula, entre sus dere-

¹² COUTO GÁLVEZ, R. M.; MIRAT HERNÁNDEZ, M. P.; ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (2007), p. 133.

¹³ MESA MARRERO, C. (2008), pp. 112-113.

chos, el de «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» y el del «ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

El ordenamiento jurídico estatal contempla, por primera vez, una previsión explícita sobre el derecho del interesado a rechazar el ingreso en un centro residencial. Este derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial requiere que, en tanto no se apruebe otro procedimiento, el aplicable sea el previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Internamiento no Voluntario por Razón de Trastorno Psíquico, de forma que, en aquellos supuestos en que la persona en situación de dependencia vea comprometida su libre decisión sobre el ingreso en un centro residencial o geriátrico, se resuelva en vía judicial el interés al que se deba dar preferencia¹⁴.

La sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su auto de 21 de junio de 2011, es partidaria de la tesis que defiende la necesidad de autorización judicial previa en los supuestos de internamientos geriátricos de ancianos afectados por algún tipo de trastorno psíquico, y que el cauce adecuado es el procedimiento previsto en el artículo 763 LEC, según establece en su fundamento de derecho segundo.

Conforme indica en su fundamento de derecho tercero:

[...] 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.

Según el fundamento de derecho cuarto del citado auto:

[...] las deficiencias y enfermedades seniles de orden mental, propias de la tercera edad, son abarcadas por el concepto de ‘trastorno psíquico’ a que se refiere el artículo 763 de la ley de enjuiciamiento civil, [...] La realidad geriátrica se comprende dentro del amplio concepto de ‘salud mental’. Así se deduce del texto de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad en su artículo 2, al tratar de la salud mental y de su tratamiento en el ámbito comunitario, dice que se considerarán de modo especial los problemas relativos a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

¹⁴ MORETÓN SANZ, M. F. (2010), pp. 612-618.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2016¹⁵, de 1 de febrero, establece en su fundamento jurídico tercero la posibilidad de que las residencias geriátricas puedan ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC, siempre que se encuentre en condiciones imprescindibles para cumplir con el tratamiento psiquiátrico.

La citada sentencia resuelve el recurso de amparo contra el auto del Juzgado de Primera Instancia número 30 de Madrid, de 25 de febrero de 2014, que confirmó la medida de internamiento urgente por trastorno psíquico de la recurrente y contra el auto de la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de julio de 2014, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la anterior resolución.

El Juzgado de Primera Instancia dedujo de las pruebas practicadas, conforme indica el antecedente 2 f) de la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2016:

[...] Resulta evidente que la Sra S. está impedida actualmente para cuidar de sí misma y llevar una vida independiente a consecuencia del grave deterioro psicofísico que sufre, por lo que precisa permanecer en un entorno protegido donde le garanticen las condiciones de vida dignas y seguras que por sí misma ella no puede alcanzar.

La permanencia en su domicilio actualmente resulta inviable por las malas condiciones de la vivienda y tampoco ha expresado su deseo de trasladarse a vivir al domicilio de ninguna persona allegada.

En consecuencia procede ratificar su ingreso en el centro geriátrico, en el que por motivos de emergencia social fue internada el pasado 14 de febrero por los Servicios Sociales; sin perjuicio de que pueda ser trasladada posteriormente a otro centro geriátrico o pueda pasar a vivir en un domicilio particular siempre y cuando cuente con la asistencia que necesita durante las 24 horas del día.

La representación procesal de la recurrente, formalizó recurso de apelación frente al auto de instancia, conforme indica la sentencia del Tribunal Constitucional en el antecedente i), se opone a que se haya acordado la ratificación del internamiento tomando como base el informe del Samur social, pues «el hecho de llevar una vida más o menos bohemia o desordenada no es motivo suficiente para privar a nadie de libertad. Se le podrá obligar a que limpie su casa o arregle la luz, pero nunca confinar a una persona por una conducta atípica». Asimismo alega como motivo del recurso de apelación la falta de respeto del plazo para la ratificación de los internamientos urgentes. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, interponiéndose por la recurrente recurso de amparo.

¹⁵ «BOE» núm. 57, 7 de marzo de 2016, Sec. TC, pp. 18409-18422.

Conforme al fundamento jurídico segundo de la citada sentencia del Tribunal Constitucional 13/2016, únicamente se someten a la consideración del tribunal las quejas de contenido constitucional, entendiendo por tales las planteadas en torno al incumplimiento del plazo máximo de 24 horas en los internamientos urgentes, y la ausencia del presupuesto del trastorno psíquico como justificación de la medida de internamiento.

Según el fundamento jurídico tercero de la sentencia, la ratificación del internamiento se solicitó sin aportar un informe médico que acreditara la procedencia de la medida, sin que se considere que tiene tal carácter el informe firmado por las trabajadoras sociales del Samur, en el que únicamente se describen ciertos hábitos de vida de la recurrente que podrán requerir la ayuda de asistentes sociales, pero no su internamiento forzoso en una residencia.

En los casos que por razones de urgencia deba practicarse el internamiento con carácter previo a la autorización judicial, el artículo 763 LEC impone al responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento el deber de comunicar a la autoridad judicial el internamiento y los motivos que lo justificaron en el límite temporal de veinticuatro horas desde el momento del ingreso. El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero de la sentencia 13/2016, considera que en este contexto, una residencia geriátrica puede ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico. El Tribunal Constitucional indica que en este caso hubo un incumplimiento del trámite de comunicación al órgano judicial, de forma que se excedió el plazo máximo de 24 horas para efectuar la comunicación del ingreso a la autoridad judicial, realizándose esta comunicación por quien no tenía que hacerlo, ya que la obligación de comunicación corresponde al responsable del centro y no a los trabajadores sociales que fueron los que efectuaron la comunicación.

Conforme al fundamento jurídico cuarto tampoco se ha acreditado en este caso la existencia del trastorno psíquico justificante del internamiento urgente con fundamento en un informe médico, ya que únicamente se aportó un informe de los trabajadores sociales del Samur social, procede según el fundamento jurídico quinto declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, acordando la libertad inmediata de la recurrente, salvo que haya podido decidirse otra cosa sobre la situación personal de la recurrente en el proce-

so de incapacitación que se sigue contra la misma, bien como medida cautelar o como pronunciamiento definitivo en sentencia.

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la sentencia 34/2016¹⁶, de 29 de febrero, se refiere al mecanismo procesal civil adecuado para poner fin y autorizar judicialmente internamientos involuntarios por trastorno psíquico de personas que llevan tiempo recluidas en un centro, normalmente una residencia geriátrica sin la necesaria autorización judicial. El Tribunal Constitucional considera que el mecanismo procesal adecuado no sería el del artículo 763 LEC, al no concurrir la circunstancia de urgencia, sino el de la medida cautelar de internamiento del artículo 762 LEC, dentro del proceso de incapacitación que deberá promover el Ministerio Fiscal en el caso de no promoverlo el resto de los interesados con la finalidad de poner fin a la ilicitud de los internamientos.

Algunas comunidades autónomas están creando mecanismos o instituciones para controlar y proteger la situación de abandono o desamparo en que se encuentran muchas personas mayores: la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, creada por la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de la Asamblea de la Comunidad de Madrid; el letrado defensor del anciano, en Asturias, como figura creada por la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano del Principado de Asturias, son muestras de ello.

En Andalucía, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dispone, en su artículo 45.1:

[...] 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.

En cuanto a la protección de las personas mayores por el Derecho Civil de Cataluña, dentro de las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma establecidas en el artículo 9.2. del Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, articulándose, en concreto, en el ámbito de la asistencia o bienestar social, se han dictado tres leyes, de signo proteccionista, a favor de las personas mayores, a fin de evitar su soledad o su aislamiento en instituciones geriátricas.

Estas tres leyes son: la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, que ha sido derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código

¹⁶ «BOE» núm. 85, 8 de abril de 2016, Sec. TC, pp. 24889-24906.

Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, que pasa a regular las relaciones convivenciales de ayuda mutua en el artículo 240; la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, que regula el contrato de acogida de personas mayores; y la Ley 11/2001, de 13 de julio, que tiene por objeto la acogida familiar de personas mayores como servicio social.

Las tres leyes mencionadas se basan en las formas de convivencia presentes en la sociedad catalana, al margen de las relaciones matrimoniales y de las uniones estables de pareja. Son formas de convivencia entre personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda habitual, poniendo en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico con voluntad de ayuda mutua y permanencia¹⁷.

La Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, ha sido derogada por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Obligaciones y a los Contratos y de Modificación de los Libros Primero, Segundo, Tercero Cuarto y Quinto, que regula en el artículo 624 el contrato de alimentos.

2.1 CLASES DE INTERNAMIENTO

El artículo 763 de la LEC al regular el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico regula dos modalidades de internamiento, el ordinario, en el que la autorización es previa al internamiento y el urgente, en el que se practica el internamiento primero por razones de urgencia, debiendo solicitar el responsable del centro la ratificación del internamiento.

El Tribunal Constitucional establece las condiciones que debe reunir el internamiento urgente, regulado en el artículo 763 LEC, en su Sentencia de la Sala Segunda 141/2012, de 2 de julio¹⁸.

Se configura como presupuesto objetivo de la medida que la persona afectada por ella presente un trastorno psíquico, a lo que debe unirse la urgencia o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. Asimismo, la procedencia de la medida y su duración deben satisfacer los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

¹⁷ VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002), pp. 76-87.

¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2012), «La importancia de la Sentencia es que la misma especifica minuciosamente cuáles son los requisitos que se deben cumplir en dichos internamientos de urgencia (...). De ahí que me haya parecido oportuno considerar que la Sentencia sirve de decálogo en la materia... Decálogo que, al ser contrastado con los Autos recurridos, se acompaña de un ejemplo concreto sobre todo lo que no se debe hacer en tales casos», pp. 1-4.

Podemos distinguir una fase extrajudicial del internamiento urgente, así como una fase judicial. La fase extrajudicial, según el fundamento jurídico quinto de la sentencia, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico que justifica el internamiento inmediato, debiendo quedar plasmado por escrito para que pueda ser objeto de control posterior por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante sobre los motivos del internamiento.

c) Obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y las causas que lo justificaron, en el plazo máximo de veinticuatro horas. Las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. En todas las ocasiones en que el centro médico incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, el afectado podrá acudir al procedimiento *de habeas corpus* regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

d) Control posterior sobre el centro. Desde el momento en que el centro comunica a la autoridad judicial competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, la persona internada pasa, a efectos legales, a disposición del órgano judicial.

En cuanto a la fase de control judicial en el internamiento urgente, el artículo 763 LEC, establece un plazo de 72 horas, desde que el centro comunica al juzgado competente la adopción de la medida de internamiento urgente, para resolver el caso, con la finalidad de que en ese plazo el juzgado practique las pruebas necesarias y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

En cuanto al cómputo del plazo de setenta y dos horas, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 182/2015, de 7 de septiembre¹⁹, considera vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal, a causa de una interpretación errónea sobre el «*dies a quo*» del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente. La Sentencia objeto del recurso de amparo considera que el inicio del plazo de setenta y dos horas se produce cuando efectivamente el asunto llega a conocimiento del órgano judicial competente para resolver, mediante su oportuno reparto por el Decanato, y no cuando se produce la comunicación por la autoridad médica. El Tribunal Constitucional considera que esta interpretación de los plazos de ratificación de la medida de interna-

¹⁹ «BOE» núm. 245, 13 de octubre de 2015, Sec. TC, pp. 95212-95221.

miento es contraria a la efectividad del derecho fundamental afectado, debiendo considerarse por tanto que el plazo de setenta y dos horas comienza desde que se produce la comunicación por la autoridad médica, sin que se deba tener en cuenta para el inicio del cómputo del plazo el reparto por el Decanato al órgano competente para resolver.

Finalizado el plazo, la autoridad judicial puede ordenar el internamiento, pero en estos casos el demandado debe estar en libertad una vez haya transcurrido el plazo de setenta y dos horas. La superación de dicho plazo conllevará la vulneración del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución.

El juicio de ratificación comprende tanto la consideración del estado mental del interno en el mismo momento en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, y, asimismo, incluye el examen de la procedencia del internamiento en el momento de su adopción por parte del responsable sanitario.

Las garantías de la fase judicial del internamiento urgente son, según establece el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, las siguientes:

a) La autoridad judicial ha de informar al interno o su representante legal de su situación material y procesal y, conforme regula expresamente el apartado 3 del artículo 763, deberá ser informado de su derecho a contar con abogado y procurador en ese trámite, así como de su derecho a la práctica de pruebas.

b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno, la autoridad judicial proveerá la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

c) Una de las fundamentales garantías la constituye el límite temporal de 72 horas del que dispone la autoridad judicial para resolver. Este plazo se configura como improrrogable, sin que pueda mantenerse el internamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, sin que quepa alegar excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, y sin que pueda considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad de la autoridad judicial para ordenar el internamiento, pero, si este se adopta, deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que una vez producida la ratificación deba ejecutarse la orden judicial. Por tanto, la superación del plazo de las 72 horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 de la Constitución.

El órgano encargado de la supervisión de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; esto es, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado ante él por el Estado español en septiembre de 2011, en relación con el derecho a la libertad y seguridad de la persona, regulado en el artículo 14 de la Convención, se manifiesta en los siguientes términos:

[...] Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos».

El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado²⁰.

En el internamiento urgente, el artículo 763 LEC exige que el tribunal en el plazo máximo de 72 horas desde que el responsable del centro comunique el internamiento, practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario ordene su cese. El Tribunal Constitucional ha considerado este plazo improrrogable, siendo en este sentido las sentencias más relevantes, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, así como la sentencia 182/2015, de 7 de septiembre, que se refiere al cómputo del plazo de 72 horas.

La necesidad en la práctica de cumplir el plazo ha llevado a plantear la posibilidad legal de que los Juzgados de Instrucción de guardia, en situaciones de urgencia en las que un órgano jurisdiccional civil no pueda asumir el cometido de resolver en plazo asuman la responsabilidad de tramitar estos expedientes en su papel de sustituto natural del resto de las jurisdicciones en todas las actuaciones que necesiten una resolución urgente e inmediata. Esta ha sido la posición mantenida por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, al asumir, en su sesión de 21 de abril de 2016, el informe emitido por el Gabinete técnico adscrito al Ser-

²⁰ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En. Vid. puntos 35 y 36 [consulta: 14/05/2018].

vicio de Estudios e Informes, el cual, si bien considera conveniente la introducción de un nuevo apartado al artículo 42 del Reglamento 1/2005 de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, aprobado por Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, no ve obstáculo a que esta competencia pudiera ser asumida a través de acuerdos de Juntas de Jueces debidamente ratificados por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, por los Juzgados de Instrucción de guardia²¹.

La sentencia del Tribunal Constitucional 34/2016, de 29 de febrero, como objeto del recurso de amparo se plantea la controversia derivada de la diferente interpretación que mantiene el Ministerio Fiscal y las resoluciones recurridas, acerca del cauce procesal adecuado para obtener la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y lleva ya un tiempo prolongado recluido en un centro asistencial. Para el Ministerio Fiscal, la autorización judicial ha de concederse a través del proceso especial del artículo 763, mientras que las resoluciones recurridas consideran que la autorización ha de instarse como medida cautelar dentro del proceso para la declaración de incapacidad, pero no por los trámites del artículo 763, pues falta el requisito de urgencia.

La sentencia 34/2016, de 29 de febrero, en su fundamento jurídico quinto indica:

La demanda de amparo hace referencia a un caso concreto, el de doña M. R. S., cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial. [...] no resulta posible hablar de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización de un Juez, sea en un hospital, centro sanitario 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. Así las cosas de todos los efectos que pueden derivarse de la privación ilícita de libertad de la persona internada

²¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. (2016), pp. 5-6.

en esas condiciones, interesa a este amparo el mecanismo procesal civil adecuado para poner fin a esa situación.

La doctrina constitucional derivada de esta sentencia determina que, cuando una persona se encuentre internada involuntariamente por razón de trastorno psíquico, sin que haya sido el internamiento autorizado judicialmente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 763 LEC, habrá que proceder a su incapacitación acompañada de internamiento como medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 762 LEC.

Se ha destacado por parte de la doctrina como se trata de un tema con un enorme alcance social, dado que probablemente un tanto por ciento significativo de los ancianos que se encuentran internados en residencias socio-sanitarias lo están desde un principio o a partir de algún momento, sin que se haya cumplimentado lo previsto en el artículo 763 LEC, planteándose la pregunta de si debe en todos esos casos el Ministerio Fiscal iniciar el procedimiento de incapacitación correspondiente, acompañado de la autorización de una medida cautelar de internamiento²².

2.2 PROCEDIMIENTO APLICABLE

A pesar de que la doctrina mayoritaria califica el internamiento judicial como un proceso contencioso, la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, lo sujetaba al procedimiento de la jurisdicción voluntaria. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento de internamiento dentro del libro cuarto, dedicado a los procesos especiales, y lo hace a continuación de las medidas cautelares del proceso de incapacitación, justo al final del capítulo, por lo que ahora ya no existe duda acerca del carácter contencioso de este procedimiento²³.

El artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere específicamente al acceso a la justicia. El primer apartado se refiere a la obligación de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Este apartado implica la necesidad de adaptación de la administración de justicia desde una perspectiva física, que exige la creación de espacios que hagan posible el acceso de personas con discapacidad a los mismos y una perspectiva sustantiva o de participación de la perso-

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2016), p. 579.

²³ AZNAR LÓPEZ, M. (2000) crítica la ubicación sistemática del internamiento dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pp. 9-14

na con discapacidad en el proceso, de forma que puedan ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

Este derecho afecta a todos los órdenes jurisdiccionales y, para garantizar el acceso efectivo a la justicia el apartado segundo del artículo 13 establece la necesidad de que los Estados parte promuevan la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, para lo cual serán necesarios programas y cursos adecuados que garanticen la formación del personal que trabaja en la administración de justicia²⁴.

En cuanto a la competencia de los tribunales para conocer de los procesos sobre capacidad, el criterio tradicionalmente seguido por los instrumentos internacionales era considerar competente a la autoridad judicial del Estado donde se hallara el necesitado de protección. Así se definió la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 22.3, que otorgaba competencia a los tribunales españoles para conocer «[...] en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o bienes de los menores o incapacitados, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España [...]». La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modifica el artículo 22 y añade el artículo 22 quáter, que establece la competencia de los tribunales españoles en esta materia, en sus apartados b y d. Conforme al apartado b), los tribunales españoles serán competentes «en materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España», y el apartado d) establece la competencia de nuestros tribunales «en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda». La competencia de los juzgados españoles en estos casos es exclusiva, en el sentido de que no será admisible el reconocimiento de una resolución relativa a una medida de internamiento dictada en el extranjero para su ejecución en España.

La competencia objetiva se atribuye de forma tácita a los juzgados de primera instancia, al regularse, dentro del capítulo del juicio sobre capacidad: así se dispone expresamente en el artículo 756 LEC. De hecho, no corresponde necesariamente a los juzgados de familia, que por ley no asumieron esta competencia, y sí a

²⁴ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. (2012), pp. 7-9.

los juzgados de incapacitaciones y tutelas que se hayan creado en algunas poblaciones como Madrid y Barcelona, al amparo de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Antes de la entrada en vigor de la LEC, la competencia territorial venía determinada por el domicilio del presunto incapaz, tanto en los expedientes de internamiento judicial ordinario, sujetos a autorización judicial, como en los urgentes, sujetos a la posterior aprobación judicial.

Tras la entrada en vigor de la LEC, su artículo 763.1 atribuye la competencia para autorizar el internamiento ordinario al tribunal del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento. Y, en el caso de internamientos urgentes, la competencia para ratificar la medida corresponderá «al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento».

Cuando, una vez autorizado el internamiento, la persona internada sea trasladada, el juzgado del lugar adonde es trasladada asume el control del internamiento:

«[...] El Juzgado del lugar a donde es trasladada la persona internada asume el control del internamiento consistente no solo en que el Juez valore periódicamente la evolución de su enfermedad, en función de los informes facultativos remitidos, sino también la audiencia de la persona afectada, que podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de trece de diciembre de dos mil seis, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española, que establece: «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formaran parte del ordenamiento interno», por lo que tal control en la forma descrita solo será efectivo si se realiza por el Juez del lugar donde está la persona internada²⁵.

El derecho de defensa del sujeto a internar se garantiza a través del defensor judicial y del abogado defensor. El cargo de defensor judicial recaerá en el Ministerio Fiscal, si este no promueve el procedimiento²⁶. Si el Ministerio Fiscal hubiera promovido el procedimiento, el artículo 758 LEC, conforme a la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el secretario judicial²⁷ les designará un defensor judicial, a no ser que este estuviere ya nombrado.

²⁵ Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012 (ROJ ATS 4247/2012), fundamento de derecho único.

²⁶ MONTERO LA RUBIA, J. (2008), p. 72.

²⁷ La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, que se produjo el 1 de octubre de 2015, todas las

Al margen del defensor judicial, ha de nombrarse al demandado abogado y procurador, sin los cuales no podrá personarse en forma. El abogado y el procurador podrán ser de libre designación, o en su defecto, nombrados de oficio. La única excepción a la intervención preceptiva de abogado y procurador es que el Ministerio Fiscal intervenga como defensor judicial.

La persona con problemas de salud mental tiene derecho a que se le designe un abogado de oficio. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, núm. recurso 6301/1973 (la ley 140/1979) señala, en el párrafo 66, que el artículo 5.4 no exige que los individuos sometidos a vigilancia como enajenados tengan que ocuparse personalmente, antes de acudir a un órgano judicial, de encontrar un letrado que los represente; por lo que, si el sujeto no nombra un abogado de su libre designación, habrá de serle nombrado uno de oficio.

En nuestro derecho, según se tramite el internamiento se observará esta garantía de asistencia letrada. Así, si el internamiento se acomoda al proceso de incapacitación, el demandado tendrá necesariamente letrado, según los artículos 750.1 y 760.1 LEC. En cambio, si la medida de internamiento se tramita de forma independiente del proceso de incapacitación, el nombramiento de letrado es facultativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 763.3. LEC, al prescribir lo siguiente:

[...] 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.

Es criticable que la ley no haya previsto la intervención preceptiva de abogado y procurador en los procedimientos de autorización de internamiento o de ratificación del internamiento urgente. Así, se da la paradoja de que, siendo el internamiento una medida que afecta a la libertad de las personas, al sujeto afectado se le da peor trato que a un detenido, al que, con independencia de ser o no mentalmente responsable, se le ha de nombrar necesariamente un letrado, conforme al artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consideramos asimismo que sería conveniente considerar a las personas con discapacidad o a las personas o instituciones que las representen beneficiarias del derecho a la justicia jurídica gratuita, con independencia de umbrales económicos, cuando se trate de litigar sobre derechos que incidan en dicha discapacidad²⁸.

referencias que se contengan en esta ley o en otras normas jurídicas a secretarios judiciales, deberán entenderse hechas a letrados de la Administración de Justicia.

²⁸ Acceso a la justicia y la Convención de la ONU. Conclusiones. Congreso de Expertos Justicia y Derechos Humanos. Celebrado en Madrid en <http://aequitas.notariado>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece como obligatorias la práctica de determinadas pruebas como el examen por parte del tribunal de la persona de cuyo internamiento se trate. Este examen lo ha de practicar la misma autoridad judicial que ha de resolver el expediente de internamiento. De ahí la necesidad de la inmediatez, sin que sea posible su práctica por exhorto.

El juez debe oír el dictamen de un facultativo que él mismo designe. A este efecto, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 2/1984, de 8 de junio²⁹, se pronuncia contra el hecho de que el facultativo elegido para informar sea un médico integrado en la plantilla del centro donde esté internado el paciente o donde intente realizarse el internamiento. Este pronunciamiento se realiza en aras de una mayor objetividad, tratando de ampliar hasta el máximo razonable las garantías a favor del internado.

Haciéndose eco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 129/1999, de 1 de julio³⁰, el artículo 763.3 obliga a la autoridad judicial, antes de decidir sobre la autorización del internamiento o sobre la ratificación del internamiento urgente, no solo a las actuaciones que ya contemplaba el párrafo segundo del artículo 211 CC consisten en un examen personal, por la autoridad judicial, de la persona de cuyo internamiento se trate y en oír el dictamen del facultativo por él designado—, sino también a 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.

El procedimiento para la autorización del internamiento de los menores de edad goza de un plus de garantía, puesto que será, además, necesario el informe de los servicios de asistencia al menor; todo ello, a partir de la modificación realizada en su día por la Ley

[org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=fdc664c7-8ff2-45d0-985b-edf64a26644f&groupId=10228](http://liferay/c/document_library/get_file?uuid=fdc664c7-8ff2-45d0-985b-edf64a26644f&groupId=10228)[consulta: 18/05/2018]-

²⁹ https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_1984.html [consulta 18/05/2018].

³⁰ «BOE» núm. 181, 30 de julio de 1999, Sec. TC, pp. 73-80. Conforme indica en su fundamento jurídico tercero: «[...] Así, de la conjunción entre el párrafo segundo del artículo 211 C. C. y los arts 1.811 a 1824 LEC, resulta un procedimiento de autorización del internamiento en el que se garantiza de modo suficiente la posibilidad de defensa y oposición de la persona afectada, así como la de utilizar cuantos medios de prueba se estimen pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses. La persona afectada por la decisión de internamiento habrá de ser oída en todo caso, por así resulta de la previsión de un trámite de examen en el párrafo segundo del artículo 211 CC. En segundo lugar, habrá de ser oído el Ministerio Fiscal con arreglo a lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 en relación con el artículo 1815 LEC. En tercer lugar, habrá de ser igualmente oída cualquier persona (artículo 1813) cuya comparecencia estime conveniente el Juez o sea solicitada por quien promueve el acto de jurisdicción voluntaria o por quien tenga un interés legítimo [...].»

Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y que se ha mantenido en el artículo 763 LEC.

Dispone el artículo 763 LEC, que el tribunal también dará audiencia a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente o practicará cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, estableciéndose de este modo un sistema de investigación de oficio.

Practicadas las anteriores diligencias, y tras el informe del Ministerio Fiscal, la autoridad judicial debe adoptar una decisión en cuanto a la ratificación judicial del internamiento involuntario urgente practicado, o en cuanto a la autorización judicial del internamiento involuntario solicitado, mediante resolución debidamente motivada, la cual podrá ser objeto de recuso de apelación que no tendrá efectos suspensivos.

El artículo 211 CC disponía también que la autoridad judicial pondría los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos previstos en el artículo 203; es decir, para la promoción de la declaración de incapacidad, si así procediera por concurrir las causas establecidas legalmente para ello. Sin embargo, el Ministerio Fiscal no venía obligado a promover aquella, por cuanto no todo internamiento ha de conllevar por fuerza la incapacitación del internado.

En cuanto a la regulación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el artículo 763.1 remite al artículo 753.3 de la misma ley. De los términos de estos preceptos se desprende que no resultará obligada la promoción de la declaración de incapacidad.

El internamiento por razón de un trastorno psíquico tiene una vocación temporal, y no se concede para siempre, sino tan solo por el tiempo estrictamente necesario. La autorización es temporal pero no conlleva un plazo fijo, de tal modo que se prolongará hasta que desaparezca la causa que motivó el ingreso. Por este motivo, resulta lógico que corresponda a los facultativos prescribir el término del internamiento, pues son quienes mejor pueden advertir el estado de salud del paciente y la conveniencia de darle el alta. Eso sí, deberán comunicarlo al juzgado, para que pueda archivar el expediente y dar por concluida su labor de garante de los derechos del paciente.

Esto, que podía deducirse de la regulación anterior en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, queda explicitado en el artículo 763.4 LEC, no dando lugar a la menor duda, dado que establece que «cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

Una vez sea ratificado o autorizado el internamiento, es obligación del tribunal proceder a su control, y aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, como mínimo, cada seis meses los facultativos que atienden a la persona internada emitan informe sobre la necesidad de mantener la medida, ello no impide que estos informes sean presentados en inferiores plazos.

Según el párrafo tercero del artículo 211 CC, la autoridad judicial debía revisar el internamiento en la misma forma en que se prestaba la originaria autorización; esto es, previa exploración judicial y con un nuevo informe médico. El artículo 763.4 LEC, elude esta exigencia de la exploración judicial y se limita a imponer la obligación del centro psiquiátrico de informar periódicamente, cada seis meses, sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el juez pueda exigir cuando lo estime oportuno. Así, el artículo 763.4 LEC dispone que, recibidos los informes del hospital psiquiátrico, «el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

Consideramos que es claramente criticable la regulación que en esta materia hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ella no se establece con carácter preceptivo el examen personal de la persona internada por la autoridad judicial, ya que el apartado cuarto del artículo 763 únicamente se refiere a los informes de los facultativos que atiendan a la persona internada y «en su caso a la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles». Dentro de estas prácticas no tiene por qué encontrarse dicho examen personal, entendiéndose que no existe ninguna razón que justifique unas menores garantías en el control posterior del internamiento, pues los motivos que lo justificaron en su origen pueden dejar de existir al variar las circunstancias³¹.

Se ha prescindido, por tanto, del carácter preceptivo del examen judicial y del informe de un facultativo antes de decidir sobre el mantenimiento del internamiento, lo que supone un importante menoscabo de las garantías de la persona internada³².

Según el criterio mantenido por la Sala Primera del Tribunal Supremo, la audiencia de la persona afectada por el internamiento podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos sobre de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al formar parte de nuestro ordenamiento interno³³.

³¹ GARCÍA GARCÍA, L. (2000), pp. 265-266.

³² MARÍN LÓPEZ, J. J. (1999) p. 232.

³³ Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012 (ROJ ATS 4247/2012),

La disposición contenida en el artículo 763 LEC, constituye una excepción al principio contenido en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, según el cual toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita su consentimiento libre y voluntario, una vez que haya recibido la información necesaria.

Salvo en los supuestos en los que el internamiento se ha acordado como medida cautelar prevista en el artículo 762 LEC, en el que se dispone que los facultativos necesitarían autorización judicial para poder dar de alta a la persona internada, en el resto de los supuestos los facultativos pueden dar de alta a la persona internada con la única obligación de comunicarlo a la autoridad judicial que ha autorizado el internamiento.

Aunque se ha criticado por parte de la doctrina que no exista una intervención judicial cuando los facultativos deciden dar de alta al paciente internado, consideramos que, dado que la finalidad del internamiento en estos casos es solo terapéutica, el alta médica debe considerarse suficiente.

La decisión médica que acuerda poner fin al internamiento no es susceptible de ningún recurso. Por ello, si existe discrepancia con la decisión de los facultativos, las personas legitimadas únicamente podrían instar un nuevo internamiento con todos los requisitos que exige el artículo 763 LEC³⁴.

No se aplica el procedimiento del artículo 763 LEC cuando el internamiento necesario lo es por razón de enfermedades o traumas físicos, al aplicarse sólo al «internamiento por razón de trastorno psíquico», conforme establece su tenor literal, tampoco se aplica a los internamientos obligatorios al amparo de medidas especiales en materia de salud pública, a los que será aplicable el artículo 9.2, apartado a) de 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.

El procedimiento del artículo 763 LEC se aplica a los internamientos involuntarios, entendiéndose por tales los de aquellos que se oponen al internamiento o que no están en condiciones de prestar su consentimiento. La voluntad inicial capaz de legitimar el internamiento voluntario deberá estar exenta de vicios que la invaliden y durante él esa misma voluntad deberá persistir o permanecer.

En principio, la autorización de internamiento de una persona no incapacitada ni afectada por un proceso de incapacitación se solicitará al amparo del artículo 763.3 LEC, la de quienes ya están incapacitados, invocando el artículo 271 CC, y la de quienes están

³⁴ TORRES GARCÍA, T. F.; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013), pp. 112-118.

incursos en un juicio de incapacitación, de acuerdo con el artículo 762 LEC. En cualquier caso, será de aplicación el párrafo tercero del artículo 763 LEC, que exige la previa exploración judicial y el informe médico forense.

Debemos tener en cuenta que en el internamiento como medida cautelar, regulado en el artículo 762 LEC, la situación es diferente a la del resto de los internamientos involuntarios³⁵. Así, los internamientos de personas no incapacitadas ni afectadas por un proceso de incapacitación o los internamientos de aquellas personas incapacitadas no los ordena el juez, sino que este los autoriza cuando estima que procede, según prescripción facultativa. Por tanto, es el médico quien decide el internamiento. La función asignada al juez en este precepto es autorizar y no decidir ni ordenar el internamiento. En la medida cautelar adoptada en el curso del proceso de incapacitación, la decisión judicial prevalece sobre la hipotética opinión facultativa de signo contrario, siendo obligado ejecutar aquella. El internamiento, en estos supuestos, no se autoriza, sino que, más propiamente, se ordena.

Respecto a los incapacitados, el artículo 271.1 CC señala que el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial y, conforme al artículo 273 del mismo código, antes de autorizar o aprobar el juez el internamiento, el juez oirá al Ministerio Fiscal, y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

Queda abierta la vía del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se considere que la resolución del internamiento o el contenido de la medida se encuentran en oposición con las obligaciones que se derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Se podrá interponer recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez agotados todos los medios de impugnación internos, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio. Están legitimados para interponer este recurso la Comisión, un Estado parte del Convenio, cuando la víctima sea un nacional suyo, la persona afectada por el internamiento y quien haya iniciado el caso ante la Comisión.

³⁵ MARÍN CASTÁN, F. (2015), p. 3529, considera que el artículo 762 LEC no especifica las medidas cautelares que pueden ser adoptados en los procesos especiales sobre capacidad y entre las mismas no se incluye el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico que estaría sujeto a lo especialmente previsto en el artículo 763 LEC, aunque alguna resolución ha basado en este artículo 762 el internamiento involuntario.

Por último, cabe hacer referencia a que todos los internamientos que no reúnan los requisitos del artículo 763 LEC serán no regulares, y, en su virtud, susceptibles del procedimiento de *habeas corpus* de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, del Procedimiento de *Habeas Corpus*, cuyo artículo 1.^a considera ilegalmente detenidas a las personas ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Algunos autores consideran que esta figura no es aplicable en el supuesto de internamiento ordinario por requerir previa autorización judicial. Estimamos que este planteamiento no es acertado, pues las condiciones de regularidad de esta privación de libertad no solo son exigibles al producirse el ingreso, sino que deben mantenerse durante todo el tiempo en que este ingreso se prolongue, ya que el procedimiento de *habeas corpus* es aplicable tanto a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales como a los supuestos de personas privadas de libertad a quienes no les sean respetados sus derechos³⁶.

Este procedimiento se configura como una «puesta a disposición» o comparecencia ante la autoridad judicial, que permite a la persona privada de libertad formular sus alegaciones a fin de que esta autoridad pueda resolver sobre la legalidad de la detención.

El internamiento ilegal constituye el tipo de la detención ilegal penalizado en los artículos 163 ss. CP. o 530 y siguientes del mismo texto legal. La realización del tipo requiere, bien la conducta de encerrar, bien la de detener; luego, en el internamiento se realiza el tipo. Ahora bien, siempre que se observe lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 763) la antijuridicidad quedará excluida, pues, para que tenga lugar la aplicación de la normativa penal, la privación de libertad debe producirse fuera de los casos permitidos por las leyes, cualquiera que sea la forma utilizada.

No se considerará detención ilegal aquella que esté amparada por un precepto legal. La detención típica es la ilegal, y para determinar en qué consiste la ilegalidad hay que recurrir a normas extrapenales; concretamente, en lo que atañe al internamiento, al artículo 763 LEC, que lo permite sin previa autorización judicial cuando razones de urgencia lo hicieren necesario.

Es importante destacar que la ilegalidad debe ser entendida en sentido material, pues la mera adecuación formal a lo prescrito en las normas no basta para considerar legal una detención o internamiento arbitrario o inmotivado; es decir, el internamiento de un enfermo psíquico será conforme a Derecho cuando se lleve a cabo cumpliendo tanto los requisitos de procedimiento como los presupuestos materiales de justificación. Tales garantías, además, deben ser interpreta-

³⁶ GARCÍA GARCÍA, L. (2000), pp. 278-279.

das de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, que, en su artículo 5.1, prevé expresamente el internamiento de enajenados³⁷.

2.3 RELACIÓN ENTRE EL INTERNAMIENTO Y LA INCAPACITACIÓN

La reforma de 15 de enero de 1996 tuvo dos finalidades. La primera fue sustituir la expresión «internamiento de un presunto incapaz», que el precepto utilizaba, por la de «internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí». Importante consecuencia de la reforma fue, por tanto, la desaparición de la necesaria correlación entre la incapacitación y el internamiento de personas afectadas por enfermedades o trastornos mentales o psíquicos. Con ello, se refuerza el carácter dual de esta medida, de modo que debe quedar restringido el ámbito del artículo 211 únicamente para los supuestos de personas presuntamente incapaces, incapacitadas o no tributarias de incapacitación que, en un momento dado, sufren una alteración psíquica que requiere tratamiento que conlleve el internamiento de la persona.

La segunda finalidad se refería al internamiento de menores de edad, supuesto para el que, tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se estableció que se debía realizar «en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor».

Aunque internamiento e incapacitación son medidas distintas, parece razonable plantearse, con ocasión de cualquiera de ellas, la pertinencia de la otra. Así, el Tribunal, al conceder o denegar la autorización de internamiento o ratificar el de urgencia, pone los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si considera que procede promover la incapacitación³⁸, mientras que la sentencia que declara la incapacitación se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad del internamiento³⁹.

³⁷ El Tribunal Constitucional, en la sentencia 141/2012, de 2 de julio, establece los requisitos para que un procedimiento de internamiento urgente pueda considerarse realizado con todas las garantías, indicando en el fundamento jurídico 6»[...]en fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciadas ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de *habeas corpus* ante el Juez de instrucción competente en procura de la necesaria tutela de la libertad [...]»

³⁸ Vid. artículos 763.1 y 753.3 LEC.

³⁹ Artículo 760.1 LEC.

No se puede confundir *discapacidad* con *falta o limitación de la capacidad de obrar*. Así, una persona puede padecer una discapacidad física, psíquica o sensorial sin que sea preciso limitar su capacidad de obrar. El concepto de discapacidad fue introducido en el Código Civil estatal por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Debemos destacar que la incapacitación y la discapacidad o dependencia que pueden afectar a una persona son situaciones distintas tanto en sus presupuestos como en su forma de determinación y sus efectos jurídicos. Así, la incapacitación es un estado civil que se constituye previa resolución judicial, en la que se deberá constatar la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y se deberá establecer la medida de protección aplicada a la persona y sus bienes o solamente a la persona o los bienes. La medida de protección debe aplicarse en función de la capacidad de la persona afectada.

La discapacidad y la dependencia, por su parte, son situaciones de hecho que no presuponen la limitación de la capacidad de autogobierno de la persona, aunque en ocasiones sí puede existir una limitación de esta capacidad de autogobierno. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, establece como objetivo regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos, en cualquier parte del territorio del Estado español, en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes.

El artículo 2.2 de la citada ley define la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

La discapacidad y la dependencia no tienen que ir precedidas de una declaración judicial para ser jurídicamente relevantes. La discapacidad y la dependencia tienen en cuenta determinadas circunstancias personales pueden tener en el normal desarrollo de la vida cotidiana de las personas que las padecen y que pueden ver limitada su autonomía personal. La discapacidad y dependencia

serán determinadas mediante la correspondiente resolución administrativa⁴⁰, con posibilidad de recurso en vía judicial⁴¹.

El alcance de la incapacitación judicial de una persona dependerá del grado en el que se encuentre limitada, en el caso concreto, su capacidad de autogobierno.

La sentencia que declare la incapacidad de una persona deberá precisar la medida de protección a la que deba quedar sujeta. Si se declara su falta absoluta de capacidad de obrar, será preciso someter a la persona incapacitada y su patrimonio al cuidado y atención de un representante legal, ya sea mediante la patria potestad, prorrogada o rehabilitada, o mediante la tutela, mientras que, si se reconoce que tiene capacidad de obrar, aunque limitada, bastará designar una persona encargada de asistirle en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar válidamente por sí sola⁴².

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula en capítulo cuarto del libro segundo la tutela, la curatela y la guarda de hecho, estableciendo que solo se aplicará lo dispuesto en dichos preceptos cuando no se solicite la constitución de la tutela o curatela en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de abril de 2009, núm. recurso 1259/2006(ROJ STS 2362/2009), analiza la adecuación de nuestra legislación actualmente vigente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el fundamento de derecho tercero se refiere al escrito del Ministerio Fiscal que considera que la figura vigente en el derecho español que sería más acorde con el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad sería la curatela, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados según las necesidades del caso, mientras que considera que debe eliminarse la incapacitación cuando priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, siendo sustituido por un tutor.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de 29 de abril de 2009, establece que la proclamación de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica. El artículo 49 de la Constitución, asimismo, obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección en favor de las personas con problemas de salud.

⁴⁰ MORETÓN SANZ, M. F. (2009) considera que deberían tramitarse las solicitudes de dependencia que realice un menor de edad maduro, p. 1009.

⁴¹ GARCÍA GARNICA, M. C. (2013), pp. 183-195.

⁴² GARCÍA GARNICA, M. C. (2013), p. 2042.

La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones adaptables a cada situación concreta, la tutela, la curatela y las medidas a tomar en caso de discapacitados respecto aspectos patrimoniales, regulados en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, por lo que el Tribunal Supremo afirma que la normativa española se ajusta a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴³.

Considera el Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho séptimo de la citada sentencia, que el sistema de protección se debe adaptar a las necesidades de protección de la persona afectada y constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. Considera asimismo que el sistema de protección establecido en nuestro ordenamiento jurídico se adapta a las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siempre que se interprete teniendo en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Se debe, además, tener en cuenta que la incapacitación no es una medida discriminatoria, sino que se toma para adaptar la medida de protección a la situación de la persona que carece de facultades intelectivas o volitivas necesarias para autogobernarse.

Entrando en el análisis del consentimiento para recibir tratamientos médicos, la posibilidad de prestar el consentimiento por representación aplicable a los supuestos en los que el paciente no tiene capacidad para prestar el consentimiento al tratamiento médico, se establece en el artículo 9.3 de 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, según el cual se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, y en relación con el derecho a la vida reco-

⁴³ En sentido contrario SILLERO CROVETTO, B. (2015), p. 404, considera que la Convención ha abandonado estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas, y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de carácter variado.

nocido en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006:

[...] toma nota con satisfacción de que la Ley núm. 26/2011 modifica la reglamentación incluyendo disposiciones que reflejan el derecho a la accesibilidad cuando se consiente con conocimiento de causa en recibir tratamiento médico. Sin embargo, deplora que los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas 'legalmente incapacitadas' puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de estas personas. [...] «El Comité solicita al Estado parte que vele por que se obtenga el consentimiento, otorgado con conocimiento de causa, de todas las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico, especialmente la retirada del tratamiento, de la nutrición o de otros medios de sustentación de la vida ⁴⁴».

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su disposición final segunda, modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 del artículo 9 de 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.

El apartado sexto introducido por la citada ley establece que, en los casos en que el consentimiento se haya otorgado por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que corresponda, salvo que, por razones de urgencia, no sea posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptaran las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Se ha destacado cómo llama la atención que no se exija la autorización judicial previa a la actuación médica, o la ratificación posterior en casos de urgencia, cuando el consentimiento se ha otorgado por sustitución, ni siquiera cuando la actuación médica pueda poner en grave peligro la vida o la integridad física de la persona que carece de capacidad, cuando esta autorización sí es preceptiva, en cambio, para el internamiento por razón de trastorno psíquico⁴⁵. La nueva regulación que da la Ley 26/2015, de 28 de julio, de

⁴⁴ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En. Vid. puntos 29 y 30 [consulta: 14/05/2018].

⁴⁵ SOLE RESINA, J. (2014), p. 114.

Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia al apartado sexto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica no establece la necesidad de comunicación ni la ratificación posterior por la autoridad judicial de la medida acordada por los facultativos en caso de urgencia. Consideramos que debería existir esta comunicación y ratificación en términos similares a los previstos en el artículo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para los internamientos urgentes.

Resulta fundamental, al tratar de la capacidad de las personas, hacer referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Uno de los principales retos que plantea la aplicación efectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el reconocimiento, en el artículo 12, de la capacidad jurídica plena de estas personas en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida. Así, los Estados parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. A pesar de que la Convención utiliza el término de capacidad jurídica, debemos entender que se refiere al ejercicio de la capacidad de obrar.

Este reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad es esencial y constituye condición básica para el ejercicio de cualquier otro derecho. La ratificación por España de la Convención obliga a plantear si es necesario adaptar nuestro ordenamiento jurídico al contenido de la misma, y por tanto, si es necesaria una revisión de las normas que regulan la capacidad de las personas.

En este sentido, la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes un proyecto de ley para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁶.

La incapacitación y la tutela del Código Civil aparecen como instituciones de carácter fundamentalmente patrimonial⁴⁷, aunque

⁴⁶ SILLERO CROVETTO, B. (2014), pp. 32-33.

⁴⁷ VIVAS TESÓN, I. (2013), p. 1662 considera que la discapacidad en el Código Civil está esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona como la conservación del patrimonio y, a partir de la declaración judicial de incapacitación la facilidad para obtener prueba para impugnar la validez de los actos realizados por el incapacitado en su perjuicio.

la existencia de un patrimonio importante tampoco determina automáticamente la incapacitación y tutela cuando su titular padezca un trastorno psíquico. Esto solo se produce cuando ello es necesario para obtener el adecuado rendimiento económico de ese patrimonio o bien cuando sea necesario realizar determinados actos de disposición de bienes comprendidos en ese patrimonio, lo que normalmente quedará reservado al juicio de quienes lo administren de hecho.

El Código Civil está inspirado en la ideología liberal fruto de su época. Es un texto protector de la propiedad, de la libre contratación, en el que destaca cómo esta concepción penetra en todas las instituciones, incluso en las que aparentemente se encuentran más alejadas de los aspectos patrimoniales. Así ocurre con la protección de las personas con problemas de salud mental, donde el Código Civil no se ocupa en el fondo de sus personas, sino de sus patrimonios, ya que la persona del Código Civil no es el ciudadano de la calle, sino el ciudadano propietario⁴⁸.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 son un primer paso en la evolución hacia la perspectiva de los derechos humanos de la discapacidad

El Instrumento de Ratificación de la citada Convención por España fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 21 de abril de 2008; y el Instrumento de Ratificación de su Protocolo Facultativo, en el «Boletín Oficial del Estado» de 22 de abril de 2008. Ambos entraron en vigor el 3 de mayo del mismo año. A partir de ese momento, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución, forman parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de la legislación española para hacer efectivos los derechos que recoge la Convención.

Así, con esta finalidad se ha dictado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social⁴⁹.

⁴⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1976), pp. 32-37.

⁴⁹ MUÑOZ GARCÍA, C. (2014) considera que esta ley se perfila con una clara declaración de intenciones, por cuanto constituye un claro reto unificador en las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, p. 3.

El concepto de *persona con discapacidad* se recoge en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme a la cual:

Las personas con discapacidad incluyen a 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.

La definición refleja el modelo social de discapacidad, al considerar persona con discapacidad no a la que tiene un impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, sino a aquella que, a causa de diversas barreras puestas por la sociedad que interactúan con dichos impedimentos, no puede participar plena y efectivamente en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. Lo que provoca la discapacidad son las barreras sociales no los impedimentos físicos, mentales intelectuales o sensoriales⁵⁰.

El artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad, estableciendo la necesidad de que los estados parte aseguren, en condiciones de igualdad con las demás personas, que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad, y no sean privadas de libertad, ilegal o arbitrariamente; también, que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, partiendo de una definición abierta de la discapacidad, establece como finalidades y obligaciones de los estados miembros la eliminación de las barreras, a fin de hacer posibles el ejercicio de los derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad, en todas las esferas de la vida. De este modo, se pretende promover y salvaguardar la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad.

Esta convención otorga un valor especial a la autonomía de las personas con discapacidad, formulando en su artículo 19, y por primera vez en un instrumento internacional⁵¹, su «derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad», por lo que será necesaria la creación de mecanismos jurídicos y sociales adecuados para conseguir que este derecho sea una realidad y no una mera declaración de intenciones.

⁵⁰ CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A. (2008), p. 191.

⁵¹ GARCÍA GARNICA, M. C. (2013), p. 2043.

2.4 DERECHOS DE LA PERSONA INTERNADA: TRATAMIENTOS MÉDICOS A LOS QUE PUEDE SER SOMETIDA Y REFERENCIA AL DERECHO DE SUFRAGIO

En cuanto a los derechos y libertades de la persona internada, debemos indicar que la situación de especial desvalimiento que caracteriza a los pacientes internados en los centros psiquiátricos requiere una vigilancia aún mayor en el control del respeto a sus derechos fundamentales. La enfermedad mental puede justificar la restricción de libertad, medida ya de por sí suficientemente grave, pero el resto de sus derechos civiles no sufren derogación alguna⁵². No debe olvidarse que nuestro Texto Fundamental reconoce expresamente la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema y, al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, prohíbe los tratos inhumanos o degradantes.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha regulado la revisión del internamiento pero no se establece ninguna norma sobre el control de las condiciones en las que se desarrolla la atención en régimen cerrado. Ello plantea especiales problemas en cuanto a la utilización de medios mecánicos de contención y de salas de aislamiento, que podrían llegar a afectar a la dignidad humana y a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

El Decreto de 3 de julio de 1931, publicado el 7 de julio de 1931 en la *Gaceta de Madrid* número 188, contemplaba este supuesto y sometía la utilización de los medios mecánicos de contención a la previa intervención facultativa. En tal sentido, en su artículo 3 b) consideraba una condición indispensable para el funcionamiento de todo establecimiento psiquiátrico, público o privado, que en ningún caso, y sin orden explícita del médico, se utilizaran medios físicos coercitivos, tales como camisas de fuerza y ligaduras.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece ningún control de las condiciones en las que se desarrolla el internamiento, y, singularmente, de la garantía de los derechos fundamentales de las personas internadas. Por ello, se hace necesaria una norma que regule, con la amplitud necesaria, no solo los ingresos en centros de internamiento de naturaleza sanitaria, social y sociosanitaria, sino también otros aspectos relacionados con las condiciones de dicho internamiento: en concreto, las garantías del respeto a los derechos fundamentales y los requisitos y el procedimiento a seguir para la limitación de estos derechos cuando ello se

⁵² GARCÍA GARCÍA, L. (2006), p. 78: «[...] el enfermo, no por serlo queda despojado de sus derechos; las limitaciones serán las estrictamente indispensables para llevar a cabo el diagnóstico y el tratamiento terapéutico adecuado al caso».

hace inevitable, ante la necesidad de proteger otros bienes como la vida, la salud y la integridad física de las personas internadas.

El artículo 5.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos e Informaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece lo siguiente:

[...] el paciente será informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal»; y, según el apartado 3 del artículo 5: «[...] cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información, se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».

A la vista de los términos taxativos en los que se pronuncia la ley, el deber de informar no admite ninguna excepción: sus únicos límites son la voluntad y la capacidad del paciente para recibir la información. En todo caso, la información en sí misma se configura como un derecho autónomo del paciente e independiente de la existencia o no de consentimiento por su parte.

El legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles; así, el artículo 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad o de persona que carezca absolutamente de capacidad para prestar el consentimiento en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones; el artículo 4 de la Ley 30/1979, de 29 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de órganos⁵³, y, en general, el artículo 6.1. del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

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, en su artículo 9.6, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adoles-

⁵³ QUESADA GONZÁLEZ, M. C. (2004) indica que haciendo una interpretación conjunta de los artículos 156 del Código Penal, así como del artículo 4 de la Ley 30/1979 y del 269 del Código Civil estatal, se llega a la conclusión de que la donación de órganos del menor o del incapaz está excluida del ámbito de la representación del tutor, mientras que el consentimiento para que el pupilo sea receptor de órganos sí puede prestarlo válidamente el tutor, al tratarse de algo que beneficia al tutelado, p. 108.

cencia, establece que, en los casos en que el consentimiento se preste por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Cuando se considere que las decisiones adoptadas sean contrarias a dichos intereses, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso, los profesionales sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente.

La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997, ratificada por España el 23 de julio de 1999, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 20 de octubre de 1999, establece en su artículo 7 que la persona que sufra un trastorno mental grave no podrá ser sometida a tratamiento sin su consentimiento, salvo que la falta de tratamiento pueda tener como consecuencia un grave quebranto para su salud y con arreglo a las condiciones establecidas por la ley, que deberán comprender procedimientos de vigilancia y control, y vías de recurso.

Asimismo, establece en el artículo 9 que los deseos emitidos con anterioridad deberán tenerse en cuenta cuando al tiempo de la intervención el paciente no se hallare en estado de expresar su voluntad en una intervención médica.

Por su parte, el Defensor del Pueblo, en la Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, sobre Modificaciones Legales en Orden a Reforzar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental⁵⁴, entre otras cuestiones aborda la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario, considerando que un desarrollo adecuado de los recursos sanitarios en el ámbito sanitario y un correcto ejercicio de las acciones legales harían que no fuera necesario proponer una reforma de la legislación actual, la cual permite solicitar el auxilio judicial para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que no sea capaz de prestar su consentimiento.

El artículo 6 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 establece como principio general el respeto de la autonomía del paciente, siempre que ello sea posible, y el artículo 9 de 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 establece que, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones y el criterio médico aconseje

⁵⁴ <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Recomendaciones/Documents/Recomendaciones2005.pdf> [consulta: 27/06/2015].

aplicarle un tratamiento, el consentimiento se prestará por representación. Estos preceptos, según la Recomendación del Defensor del Pueblo, son suficientes para abordar la situación que se produce cuando una persona con una enfermedad mental rechaza el tratamiento médico y con ello genera un riesgo inmediato grave para su integridad física y psíquica.

Asimismo, el Defensor del Pueblo se refiere al sistema de protección que establece la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dispone en su artículo 760 que la decisión final que se adopte en el procedimiento de incapacitación tiene que adaptarse a la situación de la persona afectada por la sentencia. El Defensor del Pueblo considera que, siempre que sea necesario, en la sentencia se indicará quién y en qué circunstancias puede suplir su consentimiento para el supuesto en que sea necesario un tratamiento médico que el enfermo rechaza y que, aun en el supuesto de que no exista pronunciamiento expreso sobre la aplicación de tratamientos médicos no consentidos, el artículo 761 LEC, permite instar la modificación de la sentencia cuando sobrevengan nuevas circunstancias.

Se ha planteado que, para poder llevar a cabo una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales de los pacientes, son precisos medios legislativos idóneos, tal y como ocurre en los supuestos de privación de libertad por razones penales. Se trataría de instrumentos normativos mediante los cuales se daría cumplimiento a los mandatos constitucionales en lo que se refiere a la previsión legal de limitación de tales derechos. Es preciso asimismo el desarrollo de los tratados internacionales sobre la materia, así como el desarrollo de los tratados internacionales sobre la materia.

En este sentido el defensor del pueblo, en la Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, sobre Modificaciones Legales en orden a Reforzar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental, ha instado a que se modifique el artículo 763 LEC, con la finalidad de contar con la autorización o comunicación judicial cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de los derechos fundamentales. Asimismo, recomienda que se modifique este artículo para introducir el control judicial en aquellos casos en que se apliquen tratamientos especialmente invasivos, sobre todo cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación de la persona que no está en condiciones de decidir por sí misma⁵⁵.

En el artículo 5.3, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obliga-

⁵⁵ VENTURA MAS, S. (2006), p. 120.

ciones en Materia de Información y Documentación Clínica se refiere a la situación de los pacientes que, según el criterio del médico, carezcan de capacidad para entender la información a causa de un cierto estado físico o psíquico, en cuyo caso se debe informar a las personas vinculadas a ellos por razones familiares o de hecho. Se puede entender que el legislador no se está refiriendo a supuestos de falta de capacidad en sentido jurídico, sino en sentido vulgar, como paciente impedido circunstancialmente para entender la información y, por tanto, para tomar decisiones⁵⁶.

El Tribunal Constitucional ha indicado, en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo⁵⁷, en su fundamento jurídico cuarto, que el artículo 15 de la Constitución no contiene una expresa referencia al consentimiento informado, lo que no implica que el mismo quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. Así, el derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular.

En los internamientos involuntarios, la autorización judicial tiene como objeto legitimar la privación de libertad que conlleva el internamiento. Aunque la finalidad de este sea el sometimiento del enfermo a tratamiento psiquiátrico, de ahí no cabe deducir que, con base en la autorización judicial, los facultativos puedan imponer cualquier tipo de tratamiento al paciente internado sin contar con el consentimiento de sus representantes legales o, en ausencia de estos, de sus familiares o allegados. La prestación del consentimiento al tratamiento se regirá pues por las reglas generales⁵⁸.

El artículo 8 de 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 exige un consentimiento informado específico para cada actuación médica. Este requisito legal hace que no sean validos los documentos que existen en algunos centros residenciales por los que se solicita el consentimiento genérico a la familia o al residente para aplicar contenciones farmacológicas y sujeciones físicas, ya que el consentimiento debe ser específico para cada aplicación episódica de psicofármacos.

Por otro lado, tampoco es posible que se utilice como causa para el uso de psicofármacos justificar que se carece de personal

⁵⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007), p. 252.

⁵⁷ «BOE» núm. 101, 28/04/2011, Sec. TC, pp. 46-58.

⁵⁸ SANTOS MORÓN, M. J. (2002), p. 69.

profesional adecuado para la atención de la persona ingresada, debiéndose considerar la utilización de psicofármacos por razones de mera conveniencia de terceros y sin que le procure ningún beneficio de salud a la persona anciana, totalmente contraria a la ética y a la deontología médica⁵⁹.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su reglamento, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, regulan con detalle las condiciones de la permanencia en estos establecimiento en sus diversas vertientes: figuran, entre otros muchos aspectos, el derecho a la intimidad, el derecho a comunicarse con el exterior del centro y la recepción de visitas (artículos 51-53 de la ley), el disfrute de permisos de salida (artículo 47 y 48 de la ley) y los supuestos en que pueden utilizarse medios de coerción e imponerse la sanción de aislamiento en celda, así como las garantías aplicables para ello (artículos 41-45 de la ley).

Además, el juez de vigilancia penitenciaria, conforme establecen los artículos 76 a 78 de la citada ley orgánica, tiene específicamente encomendada la salvaguardia de los derechos de los internos, a cuyo efecto debe acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que aquellos formulen en lo que atañe a los derechos fundamentales y a los demás derechos que se reconocen en el ámbito penitenciario. Dicha autoridad judicial deviene, de este modo, una pieza clave para la garantía de estos derechos.

Nada similar existe, en cambio, para las personas que se encuentran internadas en centros cerrados de naturaleza sanitaria, social o sociosanitaria. Así las cosas, no es, ni mucho menos, exagerado decir que las personas que cumplen penas de prisión tienen mejor garantizados sus derechos fundamentales que las personas con enfermedad mental, atendidas, en régimen cerrado, en establecimientos de salud mental.

Parece persistir, por tanto, la divergencia en la conciencia social sobre la situación de unos y de otros, existente respecto de los reclusos en centros penitenciarios e inexistente en relación con los internados en estos centros sanitarios, sociales o socio sanitarios, que ya fuera puesta de manifiesto por la doctrina en la década de los setenta y en los comienzos del decenio de los ochenta⁶⁰.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su artículo 1.6 modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, añadiendo a dicha ley el capítulo IV, en

⁵⁹ BELTRÁN AGUIRRE, J. L. (2016), pp. 47-52.

⁶⁰ AZNAR LÓPEZ, M. (2000), pp. 116-117.

el título II, dedicado a los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

La ley establece medidas de seguridad que pueden consistir en la contención mecánica o en la contención física del menor de edad, en su aislamiento o en registros personales o materiales, y establece, asimismo, los supuestos en los que pueden aplicarse, en los artículos 28-30. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 27, corresponde al director del centro, o a la persona en la que este haya delegado, la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad que deberán ser motivadas y notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, y podrán ser recurridas por el menor de edad afectado por la medida, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá después de recabar un informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

Asimismo, se establecen en la ley normas sobre el régimen disciplinario, sobre la administración de medicamentos, sobre el régimen de visitas y permisos de salida, así como sobre el régimen de las comunicaciones.

Consideramos que hubiera sido conveniente regular de una forma similar las garantías aplicables en los supuestos en los que sea imprescindible la restricción de los derechos de las personas internadas en los centros de carácter sanitario, ya que en estos supuestos no existe ninguna norma que regule las condiciones en las que se desarrolla el internamiento.

En cuanto al ejercicio del derecho de sufragio de las personas internadas, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, establecía en el artículo 3.1 letra c) que carecen de derecho de sufragio los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial durante el periodo del internamiento, siempre que en la autorización judicial se recoja expresamente la incapacidad para el ejercicio de este derecho. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, ha suprimido esta disposición, dejando sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1.b y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas.

En el análisis de este derecho voy a hacer referencia al auto de la Sección tercera del Tribunal Constitucional 196/16, de 28 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta especialmente el voto particular emitido en el mismo. Así, la sentencia que es objeto del recurso de amparo priva del derecho de sufragio activo a M. G. C.,

pese a que sus padres solicitaron en la demanda de incapacitación parcial que se reconociera a su hija el derecho de sufragio activo. Interpuesto recurso de casación, fue desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016.

El recurso de amparo se funda en la vulneración del artículo 23 de la Constitución, en relación a la interpretación que debe darse al mismo, según lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, conforme a lo establecido en los artículos 29, 5 y 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

El Tribunal Constitucional, por medio de providencia, acordó la inadmisión a trámite de la demanda de amparo, al considerar la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, El Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica frente a la indicada providencia, al entender que no puede descartarse la existencia de una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales en los términos denunciados por los recurrentes.

El Tribunal Constitucional desestima el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio Fiscal. Conforme indica en el fundamento jurídico 1, en cuanto a la duda de constitucionalidad de los apartados 1 b) y 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en relación con el artículo 23 de la Constitución, en la demanda de amparo se parte de que este precepto constitucional reconoce el derecho de sufragio activo a todos los ciudadanos sin limitaciones. Sin embargo, según indica el Tribunal Constitucional, el derecho de sufragio activo universal es un derecho fundamental de configuración legal, estableciéndose las condiciones que afectan a la titularidad y ejercicio del derecho de sufragio en el ámbito de decisión del legislador electoral. Así, los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, condicionan el derecho de sufragio activo, además de a la nacionalidad, a la mayoría de edad, la inscripción en el censo electoral y la ausencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 3, entre las que se encuentra la privación judicial en procesos de incapacitación o de internamiento por razón de trastorno psíquico.

El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3 hace referencia a la invocada interpretación del artículo 23 de la Constitución conforme a la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España mediante Instrumento de 9 de abril

de 2008, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, en concreto conforme a su artículo 29, debe tenerse en cuenta la distinción entre *discapacidad* en el sentido de la Convención, que incluye, según el artículo 1 a cualquier deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que pueda impedir la efectiva igualdad de *incapacidad*, en el sentido definido por el artículo 200 CC, que incluye a las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

El artículo 3.1 b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, no priva del derecho a voto de los *discapacitados* como grupo o colectivo y por razón de discapacidad, sino que atribuye a los órganos judiciales la función de decidir sobre tal restricción al ejercicio del derecho fundamental de modo individualizado, en atención a las concretas circunstancias de cada persona y tras el oportuno proceso. La restricción, conforme indica el Tribunal Constitucional, únicamente debe afectar a las personas que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el artículo 23.1 de la Constitución, considerando además que la finalidad de las medidas contempladas en los apartados i) a III) del artículo 29 a) de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad es la de garantizar el ejercicio efectivo del voto que sea el reflejo de la libre voluntad de la persona con discapacidad y no, por el contrario, la mera introducción de la papeleta electoral en la urna.

Frente al auto del Tribunal Constitucional desestimando el recurso de súplica interpuesto frente a la providencia de inadmisión del recurso de amparo, la Magistrada Adela Asua Batarrita formuló voto particular por entender que debería haberse estimado el recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal.

Así, la Magistrada considera que la demanda de amparo plantea una cuestión de singular relevancia constitucional, al no existir doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el ejercicio del derecho fundamental al voto cuando se trata de personas con discapacidad intelectual. Por otra parte, el artículo 49 de la Constitución contiene un mandato a los poderes públicos estableciendo que «realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos», Dentro de estos derechos

están los relativos a la participación política que se establecen el artículo 23 de la Constitución.

El artículo 23.1 de la Constitución es un derecho de configuración legal, por lo que habrá que estar a las previsiones que establezca la legislación que lo desarrolle, siempre que no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales, entre otros el contenido del artículo 49 de la Constitución. El legislador debe respetar en todo caso el contenido esencial del derecho derivado de la Constitución, según el voto particular, en el auto del Tribunal Constitucional «no se encuentra ni un solo razonamiento, ni una sola línea dedicados a determinar cuál es el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 23.1 de la Constitución que condiciona el desarrollo y la configuración que del mismo pueda realizar el legislador constituido».

El artículo 10.2 de la Constitución exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de la Constitución de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, por lo que en la interpretación del alcance que deba tener el artículo 23.1 en relación a las personas discapacitadas, es necesario tener en cuenta la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en especial su artículo 29 que regula la participación en la vida política y pública, estableciendo que los Estados parte garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás, incluyendo la posibilidad de votar y ser elegidas, enumerando en los apartados I a III entre otras una serie de formas para lograr este objetivo.

Según establece el voto particular existe una clara incompatibilidad entre el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y el artículo 29 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, pues mientras el artículo 3 se fundamenta en la discapacidad como impedimento para ostentar el derecho de sufragio, el artículo 29 de la Convención se basa en la filosofía opuesta, que es la de ofrecer todos los medios precisos para que los discapacitados puedan participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás ciudadanos. Esta incompatibilidad fue puesta de manifiesto por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en relación con España, de 23 de septiembre de 2011, que en relación al artículo 29 dice lo siguiente:

47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual psicossocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica y ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho a voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar...

La Magistrada en el voto particular continua indicando que el artículo 3 aparece como un precepto de aplicación automática, que no establece ningún criterio, que guarda silencio sobre cuál debe ser el estándar de prueba, dejándolo todo en manos del juez, de forma que dado que ni este precepto ni el artículo 23 de la Constitución recogen las razones por las que una persona discapacitada podría ser privada de su derecho al voto, la privación del derecho al voto a los discapacitados queda absolutamente remitida al libre criterio judicial.

El artículo 23.1 de la Constitución no condiciona el ejercicio del derecho de voto a la posesión de un nivel de conocimientos y/o competencias sobre el sistema político y electoral, sino a la condición de ciudadano. De esta forma, el sometimiento de las personas con discapacidad a un examen en relación con sus conocimientos sobre dicho sistema político y electoral no sólo no supone poner los medios precisos para asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con los demás, como resultaría exigible, conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, sino que implica la exigencia de un obstáculo más respecto a las demás personas con derecho al voto a las que no se exige esos conocimientos, lo que a juicio de la Magistrada que emite el voto particular, no es acorde con el artículo 23.1 de la Constitución, planteando la pregunta de qué ocurriría si se sometiera a todo el cuerpo electoral a ese examen de conocimientos sobre nuestro sistema político y electoral, a la que responde que

probablemente aplicando ese criterio muchas personas con derecho a voto no discapacitadas no podrían votar.

Concluye la Magistrada defendiendo que el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal debería haber sido estimado, con la consiguiente admisión a trámite del recurso de amparo, considerando que no podía sostenerse que la lesión del derecho fundamental alegada en la demanda era manifiestamente inexistente, sino que al contrario existen serios argumentos para estimar que dicha lesión podrían haberse producido de manera efectiva, e incluso proceder de la propia regulación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

III. INCIDENCIA DE LA AUTOTUTELA Y LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

El aumento de la esperanza de vida y los avances médicos están dando lugar cada vez más a casos en los que la persona adulta, en principio plenamente capaz, conoce que perderá gradualmente su capacidad. Existen una serie de mecanismos jurídicos mediante los que se trata de garantizar que se cumplan una serie de previsiones adoptadas por la persona en un momento en el que tiene capacidad sobre la atención de su persona o sus bienes, las cuales serán aplicables en el momento en que se encuentre en una situación de falta de capacidad en la que no pueda tomar decisiones por sí misma.

En el derecho estatal, este objetivo se ha concretado en la regulación de la denominada autotutela y los poderes preventivos, introducidos ambos por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y constituye una expresión del respeto a la voluntad del interesado cuando es plenamente capaz, de aplicación al supuesto en que pierda esta capacidad.

Se define la autotutela, regulada en el artículo 223 CC, como la facultad que se reconoce a una persona con la capacidad de obrar suficiente, para que, en previsión de su futura incapacitación, adopte cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los poderes preventivos están regulados en el artículo 1732 CC, al establecer en su apartado tercero que el mandato se extinguirá por la incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación, o cuando el

mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por este⁶¹.

En Cataluña, además de regular las delaciones hechas por uno mismo en el artículo 222-4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, se ha regulado figura jurídica de la asistencia, por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-1, una persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de sí misma o de sus bienes, debido a una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente. Dentro del contenido de la asistencia, el apartado segundo del artículo 226-2 establece que en particular le corresponde recibir la información y dar el consentimiento si no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas.

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, regula en su artículo 11, con carácter nacional, las Instrucciones Previas, mediante las cuales una persona mayor de edad, capaz y libre, puede manifestar anticipadamente su voluntad, con la finalidad de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuya circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, pudiendo designar, además, un representante para que, si llegase el caso, pueda servir como su interlocutor con el médico para garantizar el cumplimiento de sus instrucciones previas. De esta forma, la persona con problemas de salud mental, en los períodos en que se encuentra con capacidad para decidir al respecto, puede dejar establecida su voluntad referida al tratamiento o a nombrar incluso a un representante o interlocutor frente al sistema sanitario. Y el artículo 11.3 dispone que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico»⁶².

Se ha destacado cómo es posible la interacción de estas figuras entre sí, aunque se puede considerar que es preferible no mezclar unas figuras con otras, ya que cada figura cumple una finalidad determinada y debe observar las exigencias y requisitos que le son propios para lograr su plena efectividad⁶³.

⁶¹ PÉREZ MONGE, M. (2013), pp. 719-734.

⁶² BARRIOS FLORES, L. F. (2006), señala que es cierto que el beneficio del paciente juega un papel primordial; pero que, en la práctica, no puede olvidarse el papel secundario, pero existente, que juegan otros intereses también legítimos como la salvaguarda de la integridad de terceras personas, p. 397.

⁶³ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2017), p. 3.

El documento de voluntades anticipadas no tiene fijado en nuestro ordenamiento jurídico fecha de caducidad, sin embargo la doctrina considera conveniente la revisión periódica del documento para acomodarlo a la voluntad real del otorgante, que ha podido modificarse.

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, en su artículo 11 contempla la posibilidad como contenido del documento de voluntades anticipadas la posibilidad de nombrar un representante que pueda servir como su interlocutor con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

El representante no es necesario que tenga vínculos familiares con el otorgante, debe tratarse de una persona que conozca la voluntad y los valores del otorgante para poder determinar ante situaciones no previstas o dudosas cual hubiera sido la forma de actuar del paciente⁶⁴

Es necesario, para que sean eficaces las instrucciones previas, que sean accesibles en los momentos y lugares en que se requiera conocer su contenido, y con esta finalidad se ha creado, mediante el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

Las Comunidades Autónomas deberán remitir al registro nacional todas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos, así como las copias de los documentos que contengan las instrucciones previas. Se ha destacado las dificultades que se están presentando para llevar a cabo esta labor, como consecuencia de incompatibilidades tecnológicas o de la existencia de retrasos en el volcado de los datos al registro nacional⁶⁵.

Asimismo, se ha destacado cómo las sustanciales diferencias en el contenido de las instrucciones previas reguladas en la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas hacen que sea necesaria la reforma de las normas aplicables con la finalidad de regular esta materia de una manera clara⁶⁶.

Entendemos que, en todo caso, debería comprobarse con carácter previo al internamiento si el sujeto afectado por la medida ha otorgado instrucciones previas, con la finalidad de respetar, en la medida de lo posible, su voluntad⁶⁷.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 8, 16.

⁶⁵ MARCOS DEL CANO, A. M. (2013), p. 840.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 849.

⁶⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2013), p. 36.

3.1 REFERENCIA A LA POSIBLE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Del análisis de la jurisprudencia a la que nos hemos referido, podemos concluir que es necesaria la reforma urgente de la legislación que regula los internamientos involuntarios, con la finalidad de adecuarla a la jurisprudencia constitucional que se ha referido a los mismos y a los tratados internacionales celebrados por España. Consideramos que no es suficiente la atribución del carácter de ley orgánica dada al artículo 763 LEC, realizada a través del artículo segundo, apartado tercero de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, reforma que tuvo su origen en una enmienda en el Senado del grupo parlamentario popular y como única justificación la «mejora técnica»⁶⁸, y que debe a la mayor brevedad regularse la medida de internamiento involuntario mediante ley orgánica, teniendo en cuenta las particularidades de los diferentes colectivos a los que puede afectar, pudiendo tomar como referencia para la reforma además de la sentencias del Tribunal Constitucional que se han referido recientemente al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la normativa establecida para los centros de menores con problemas de conducta y asimismo la propuesta de reforma de la legislación civil en materia de protección de las personas con discapacidad, elaborada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría en mayo de 2016⁶⁹.

Así, en cuanto a la propuesta de regulación de los internamientos involuntarios citada, se destaca que en la regulación actual contamos con un único precepto aplicable a colectivos diferentes, al incluir tanto a personas que tienen un padecimiento mental grave como a personas con demencia, por lo que se considera conveniente contemplar las peculiaridades de cada colectivo.

En la propuesta de reforma se contempla la necesidad de tener en cuenta las instrucciones previas que haya podido formalizar la persona afectada por la medida de internamiento o los poderes que haya otorgado sobre cuestiones relativas a salud o tratamiento médico, estableciendo la necesidad antes de conceder la autorización o de ratificar el ingreso además de examinar el tribunal por sí mismo a la persona afectada por el ingreso y oír el dictamen de un facultativo designado por él y al Ministerio Fiscal y practicar las pruebas

⁶⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 130-2, de 11/05/2015, p. 85.

⁶⁹ http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=478646e0-5298-4c60-a5ff-8158e90ad816&groupId=10228 [consulta: 36/05/2018], pp. 53-59.

solicitadas por el afectado y las que el tribunal estime convenientes, en el supuesto en el que la persona ingresada haya formalizado instrucciones previas o nombrado apoderado, la necesidad de oír al representante o apoderado dentro de los límites de la autorización.

En cuanto al examen por la autoridad judicial de la persona cuyo ingreso se trate, considero que sería conveniente que se estableciese expresamente la necesaria presencia del Letrado de la Administración de Justicia, el cual deberá extender acta del reconocimiento judicial y de la audiencia al ingresado.

Se establece que en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de ingreso involuntario deberá disponer de representación y defensa. Considero además que al incidir sobre los derechos de las personas con discapacidad debería modificarse el artículo 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita para que las personas con discapacidad puedan ser consideradas beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, con independencia de sus recursos económicos, cuando se trate de litigar sobre derechos que incidan en esa discapacidad, dentro de los que estaría el derecho de libertad afectado en los internamientos involuntarios.

La propuesta de reforma prevé que en los supuestos en que el ingreso no admita demora, se lleve a cabo de modo inmediato por el dispositivo sanitario de urgencias social o sanitario, pudiendo solicitarse la colaboración de las fuerzas de seguridad si el ingreso presenta grave dificultad de hecho.

En los ingresos urgentes se prevé, igual que en la redacción actualmente vigente del artículo 763 LEC, la necesidad de que el responsable del Centro proceda a dar cuenta al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso dentro del plazo de veinticuatro horas a los efectos de ratificación de la medida, que deberá realizarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el ingreso llegue a conocimiento del tribunal. Considero que en relación a este plazo de setenta y dos horas sería conveniente incluir en la regulación el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto a su cómputo, según el cual conforme a lo establecido en su sentencia 182/2015, de 7 de septiembre, el plazo de setenta y dos horas debe empezar a contar desde el momento en que el responsable del centro pasa a dar cuenta del ingreso al órgano judicial, sin que se deba tener en cuenta la fecha de efectivo conocimiento del tribunal competente para resolver, una vez repartido el asunto por el Decanato.

En cuanto a la legitimación para instar el internamiento la propuesta de reforma elaborada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría establece en el punto 5: « En caso de que el ingreso no tenga carácter urgente, cualquier familiar, allegado, guardador, apo-

derado o institución pública o privada entre cuyas competencias se encuentre la protección de las personas vulnerables deberá dirigirse al Juzgado de 1.^a Instancia o de Familia competente y solicitar la autorización de ingreso acompañando en todo caso la indicación facultativa y demás documentos en que se funde la solicitud».

Considero que la legitimación para solicitar el internamiento debería ser más amplia, pudiendo aplicarse el criterio seguido en la actualidad por parte de la doctrina⁷⁰ que considera aplicable el artículo 757 LEC, que contempla la posibilidad de que además de los parientes y allegados, el Ministerio Fiscal pueda instar el internamiento y, asimismo la posibilidad de que cualquier persona pueda poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que pueda instar el internamiento.

La propuesta de reforma citada establece que la autorización o ratificación del ingreso no significa que la persona ingresada deba ser sometida a ulterior proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados, estando solo justificado cuando se aprecie la existencia de un motivo relevante, con el fin de conseguir una mejora real de las condiciones de vida o ejercicio de derechos y no pudiera obtenerse por otros medios.

Entiendo que debería tenerse en cuenta el criterio del Tribunal Constitucional, contenido en su sentencia 34/2016, de 29 de febrero, la cual tuvo como objeto la valoración sobre la posible vulneración del derecho a la libertad de una persona de edad avanzada y con la capacidad de autogobierno gravemente afectada, internada durante un largo periodo de tiempo en una residencia sin la preceptiva autorización judicial. Considera el Tribunal Constitucional que en estos supuestos, como solución para poner fin a la ilicitud del internamiento se debe instar un procedimiento de incapacitación y acordar en el mismo la medida cautelar de internamiento,

La propuesta de reforma que venimos analizando contempla en el apartado 10 que «cuando las personas ingresadas que carezcan de familiares o allegados que puedan ocuparse de los aspectos patrimoniales, se hará cargo de ellos la entidad que en el territorio tenga encomendada la protección de las personas con discapacidad». Se aclara con una nota a pie de página que este punto está pensado para los casos de personas mayores que vivan solas y que, previsiblemente, no van a regresar a su domicilio, se pretende que estas entidades se hagan cargo de modo inmediato de las cuestiones urgentes, sin perjuicio de que posteriormente se insten las medidas judiciales de protección que se estimen oportunas.

⁷⁰ SILLERO CROVETTO, B.(2007), p. 172.

En estos casos se podría dar una situación de desamparo de la persona ingresada. El artículo 239 bis CC establece que Entidad Pública a la que en el respectivo territorio estuviera encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, asumirá por ministerio de ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo. Considero que sería conveniente ampliar esta tutela a las personas en las que se presuma falta de capacidad para gobernarse por sí mismas, debiendo dar cuenta inmediata a la autoridad judicial.

Siguiendo con la propuesta de reforma de la legislación civil en materia de protección de las personas con discapacidad, elaborada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría en mayo de 2016, en relación a la propuesta de reforma del artículo 763 LEC, en su apartado 11 establece que toda persona ingresada de modo involuntario en un centro sanitario o asistencial gozará de todos los derechos legalmente previstos, estableciendo que cualquier restricción de estos derechos deberá ser indicada y motivada, sometida a control judicial, cuando sea posible o en otro caso se comunicará a la autoridad judicial a la mayor brevedad posible.

Dentro de estas medidas restrictivas de derechos, podemos destacar la contención mecánica. La contención mecánica de los menores de edad ingresados en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, se regula en el artículo 28.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según el cual: « la contención mecánica solo será admisible para evitar grave riesgo para la vida o la integridad física del menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible reducir el nivel de estrés o de trastornos del menor por otros medios. Deberá realizarse con equipos homologados de contención mecánica bajo un estricto protocolo». Considero que debería establecerse una regulación similar en cuanto a los internamientos involuntarios, indicando asimismo que en la aplicación de las medidas y en todos los tratamientos médicos a los que sean sometidos las personas ingresadas debe aplicarse las disposiciones sobre el consentimiento informado contenidas en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

Por último, la propuesta de reforma regula en los apartados 8 y 12 a 14, la misma regulación que el actual artículo 763 LEC en sus puntos 2 y 4.

3.2 CONCLUSIONES

Después de analizar la legislación y la jurisprudencia referida a los internamientos involuntarios, podemos afirmar que, a pesar de la importancia social evidente, no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico de las garantías y/o procedimiento que debe tener el internamiento de personas mayores en centros residenciales, cuando no estén en condiciones de decidir por sí mismas el internamiento.

Así, existe un único artículo que regula los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, el artículo 763 LEC, existiendo una diversidad de opiniones en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la aplicación del precepto a este tipo de internamientos. El tribunal constitucional en la sentencia 13/2016, de 1 de febrero, reconoció la posibilidad de que una residencia geriátrica pudiera ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC.

La sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 763 LEC, al no estar regulado el precepto mediante ley orgánica, pese a afectar al desarrollo del derecho fundamental a la libertad. En la indicada sentencia el tribunal constitucional instó al legislador a que regulase esta materia mediante ley orgánica, requerimiento que fue reiterado por el tribunal constitucional en sentencia 141/2012 de 2 de julio.

El legislador ya en el año 2015, sin entrar en la regulación de la materia, procedió a una modificación meramente formal, cambiando únicamente el carácter de la ley que regula el precepto. Así, la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia modifica la disposición adicional primera de la Ley de Enjuiciamiento civil, atribuyendo el carácter de ley orgánica al artículo 763 LEC.

Considero que es urgente la reforma de la legislación que regula los internamientos involuntarios, con el fin de adecuar su regulación a lo dispuesto en la Convención de Derechos de la Personas con Discapacidad de 2006 y a la jurisprudencia del tribunal constitucional al interpretar el artículo 763 LEC, que se refiere tanto al cómputo de los plazos como a los requisitos necesarios para el internamiento y las garantías del procedimiento, debiendo tener en cuenta también la situación a la que se refiere la sentencia del tribunal constitucional 34/2016, de 29 de febrero, en la que pone de manifiesto la realidad de muchas personas mayores que se encuentran en una residencia geriátrica sin capacidad para decidir su ingreso o permanencia, que se encuentran privadas de su libertad sin conocimiento ni autorización judicial, debiendo establecerse algún tipo de procedimiento que garantice el respeto de sus derechos.

Considero que en la necesaria regulación se deben tener en cuenta las peculiaridades de este tipo de internamiento, debiendo tomar en consideración las instrucciones previas que hubiera podido otorgar la persona afectada por el internamiento, entre las cuales habrá podido manifestar su voluntad para el caso de encontrarse en una situación de falta de capacidad de ingresar en una residencia o, por el contrario permanecer en su domicilio con la asistencia adecuada.

Asimismo deberían regularse los derechos de la persona internada, debiendo existir en cuanto a los tratamientos médicos a los que puede ser sometida una referencia expresa a la aplicación de la normativa de 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 y debiendo someterse a autorización judicial tratamientos médicos especialmente agresivos.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional:

STC 129/1999, de 1 de julio («BOE» núm. 181, 30/07/1999, Sec. TC, pp. 73-80).

STC 131/2010, de 2 de diciembre («BOE» núm. 4, 5/01/2011, Sec. TC, pp. 95-105).

STC 132/2010, de 2 de diciembre («BOE» núm. 4, 5/01/2011, Sec. TC, pp. 106-112).

STC 37/2011, de 28 de marzo («BOE» núm. 101, 28/04/2011, Sec. TC, pp. 46-58).

STC 141/2012, de 2 de julio («BOE» núm. 181, 30/07/2012, Sec. TC, pp. 13-27).

STC 18/2015, de 7 de septiembre («BOE» núm. 245, 13/10/2015, Sec. TC, pp. 95212-95221).

STC 13/2016, de 1 de febrero («BOE» núm. 57, 7 /03/ 2016, Sec. TC, pp. 18409-1842).

STC 34/2016 de 2 de diciembre («BOE» núm. 85, 8/04/2016, Sec. TC, pp. 24889-24906).

ATC 196/2016, de 28 de noviembre.

Audiencias Provinciales:

AAP Barcelona, de 5 de febrero de 1999, núm. recurso 1792/1997 (ROJ AAP B 124/1999).

AAP Huelva, de 28 de marzo de 2006, núm. recurso 51/2006 (ROJ AAP H 211/2006).

AAP Pontevedra 133/2011, de 21 de junio, núm. recurso 4149/2011 (ROJ AAP PO 789/2011).

Tribunal Supremo:

STS de 29 de abril de 2009, núm. recurso 1259/2006 (ROJ STS 2362/2009).

ATS de 27 de marzo de 2012, núm. recurso 41/2012 (ROJ ATS 4247/2012).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

STEDH, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, núm. recurso 6301/1973 (La Ley 140/1979).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., «Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Cuenca Casas, M.; Anguita Villanueva; L. A. y Ortega Domènech, J. (coords.); *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, 2013, pp. 29-42.
- AZNAR LÓPEZ, M., *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Granada. 2000.
- BARRIOS FLORES, L. F., «La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: Una posición escéptica», *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Madrid, 2006, pp. 311-424
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Uso de psicofármacos en personas ancianas institucionalizadas: razones y legalidad aplicable», *D: S: Derecho y Salud*, vol. 26, núm.1, 2016, pp. 39-62.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La marginación de los locos y el derecho*. Madrid. 1976.
- «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud», *Anuario de Derecho Civil*, volumen 37, núm. 4, 1984, pp. 953-974.
- «Decálogo para los internamientos involuntarios urgentes por trastornos psiquiátricos», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, núm. 7, 2012, pp. 1-4.
- «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*, 2016, pp. 565-580.
- CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A., «El cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad», Ferrer Lloret, J. y Sanz Caballero, S,

- (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Valencia.2008, pp.163-204.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., *Acceso a la Justicia de las personas con discapacidad*. 2012. En http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=a99b1d52-ddb6-49b2-82a7-fb69e3711d9b&groupId=10228 [consulta: 25/05/2018].
- COUTO GÁLVEZ, R. M.; MIRAT HERNÁNDEZ, M. P. y ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *La protección jurídica de los ancianos: procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen: el internamiento involuntario y su incidencia penal*. Madrid, 2007.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. *Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*. Madrid, 2003.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Valladolid, 2007.
- ECHERRÍA DE RADA, T. «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, parte doctrina*, núm. 6/2017, pp. 1-33.
- GARCÍA GARCÍA, L., «Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos», *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid, 2006, pp. 69-102.
- *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Valencia, 2000.
- GARCÍA GARNICA, M. C., «Capítulo 17. Discapacidad y dependencia (I). Concepto y evolución jurídica», Gete-Alonso y Calera, M. C., *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo II. Navarra, 2013, pp. 174-210.
- «Título IX. De la incapacitación», Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al código civil*, tomo II. Valencia, 2013, pp. 2041-2055.
- 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*, núm. 7968, 2012, pp. 1-14.
- LETE DEL RÍO, J. M., «El internamiento del presunto incapaz», Albaladejo, M., (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IV, artículos 181-332, Madrid, 1985, pp. 199-203.
- MARCOS DEL CANO, A. M., «Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España», Palomar Olmedo, A.; Cantero Martínez, J. (dirs.), (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra, 2013, pp. 829-852.
- MARÍN CASTÁN, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Valencia, 2015.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 183-234.
- MESA MARRERO, C., «Los contratos de alimentos y de ingreso en residencia», Díaz Palarea, M. D.; Santana Vega, D. M. (coords.), *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, 2008, pp. 95-113.
- MORETÓN SANZ, M. F., «El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España», Villagrasa Alcaide, C. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona 2009, pp. 992-1016.
- «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayo-

- res», Montoya Melgar, A. (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, tomo I. Madrid, 2010, pp. 601-620.
- MUÑOZ GARCÍA, C., «Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (1)», *Diario La Ley*, núm. 82221, sección tribuna, 2 de enero, 2014, pp. 1-5.
- PÉREZ MONGE, M. (2013): «Capítulo 14. Edad avanzada», Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra, 2013, pp. 699-749.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona: Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*. Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre el internamiento de ancianos no incapacitados en centros geriátricos», *Diario La Ley*, núm. 7958, 2012, pp. 1-17.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional», *Diario la Ley*, núm. 8763, 2016, pp. 1-15.
- SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*. Valencia, 2002.
- SILLERO CROVETTO, B., «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico», Lasarte Álvarez, C. (dir.), *La Protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, pp. 162-178.
- «¿Incapacitación parcial tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial», García Garnica, M. C. (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y las dependencia*. Madrid, 2014, pp. 30-61.
- «¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 747, 2015, pp. 383-414.
- SOLE RESINA, J., «La protección de las personas mayores y con discapacidad en el ámbito de la salud», García Garnica, M. C. (dir.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid, 2014, pp. 89-122.
- TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Capítulo 15. La incapacitación», Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra, 2013, pp. 53-121.
- VENTURA MAS, S., «Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas», *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*, Madrid, 2006, pp. 107-120.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La protección de las personas mayores por la Legislación vigente en Cataluña», Villagrasa Alcaide, C. (coord.): *El Envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*. Barcelona, 2002, pp. 57-87.
- VIVAS TESÓN, I., «Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de *lege ferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces», *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, 2013, pp. 1655-1673.