

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

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

Referencia: FIS-C-2017-00002

ÍNDICE

1. Introducción 2. Intervención judicial en el ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores 3. La nueva doctrina del TC sobre la garantía judicial de los internamientos en centros residenciales 3.1. Introducción 3.2. Sentencias referidas concretamente al internamiento en centro residencial para personas mayores 3.2.1. STC nº 13/2016, de 1 de febrero 3.2.2. SSTC nº 34/2016, de 29 de febrero y nº 132/2016, de 18 de julio 3.3. La declaración de nulidad de la resolución y la determinación de la extensión de sus efectos 4. La necesidad de las medidas de protección 4.1. Protección del derecho a la vida y a la integridad física 4.2. Principio de libertad de elección y derecho a la asistencia 4.2.1. Derecho a la asistencia y demencia sobrevenida 5. Concepto de urgencia. 6. Información de derechos. Asistencia letrada. 7. Intervención de oficio. Procedimientos aplicables. 7.1. Tutela judicial efectiva 7.2. Personas con capacidad modificada judicialmente 7.3. Personas con capacidad que debiera modificarse judicialmente 7.4. Personas respecto de las que, pese a concurrir causa de incapacitación, se estime innecesaria o desproporcionada la demanda 7.5. Recapitulación 8. Cláusula de vigencia 9. Conclusiones.

1. Introducción

La Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (en adelante, Ley 39/2006), subrayó que, en España, más del 32% de las personas mayores de 65 años presentan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población. El Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento (Madrid, 2002) subrayó que, en todo el mundo, “los problemas de salud mental se cuentan entre las causas principales de discapacidad y de reducción de la calidad de vida”. Es evidente que “los problemas de salud mental no son un resultado inevitable del envejecimiento”, pero éste “hace prever un aumento importante del número de personas de edad que padecen enfermedades mentales”.

El porcentaje de personas mayores de 65 años se ha incrementado en las últimas décadas. A este fenómeno hay que añadir otro denominado “envejecimiento del envejecimiento” que consiste en el aumento progresivo del grupo de edad superior a 80 años.

Dentro del amplio catálogo de servicios que recoge la Ley 39/2006, se encuentra la denominada “residencia de personas mayores en situación de dependencia”. El art. 25 señala que el servicio de atención residencial ofrece “desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario”, que se presta “en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona”. El número de plazas ha aumentado notoriamente en las últimas décadas. La aparente homogeneidad del concepto se traduce -en la normativa de las diferentes CCAA- en distintos tipos de recurso: residencias, mini-residencias, centros

psicogeriátricos (o secciones dentro de estos centros), centros sociosanitarios (sección de mayores, si está diferenciada), etc.

Una parte de residentes, bien al ingreso o bien durante la permanencia en la institución, pueden presentar serio deterioro en su capacidad de decidir, supuestos que exigen la adopción de medidas en protección de sus derechos fundamentales.

En el último año, el Tribunal Constitucional ha examinado este tipo concreto de intervenciones judiciales. Junto con las cuestiones derivadas de la intervención del Fiscal en las visitas de inspección de centros y la necesidad de coordinar las actuaciones con las autoridades administrativas (aspectos que ya fueron objeto de tratamiento en la Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las CCAA*), las dudas de interpretación observadas en la práctica y el importante volumen de trabajo que genera en Juzgados y Fiscalías aconsejan la emisión del presente documento.

2. Intervención judicial en el ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores

La Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores* recoge un apartado concreto sobre el cuidado residencial e institucional en el que expresa: “Las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5)”.

La modificación del Código Civil operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de reforma del Código Civil en materia de tutela* introdujo el art. 211 en dicho texto legal (precedente del actual art. 763 LEC). La Fiscalía General del Estado siempre mantuvo su aplicación a los centros residenciales, siendo muestra de ello la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo *sobre el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*.

La posición de la Fiscalía fue seguida también por muchas Audiencias Provinciales. Otras, sin embargo, sostuvieron que el art. 211 CC no era aplicable porque consideraban que sólo operaba en relación con los establecimientos propiamente psiquiátricos. Así, la AP de Barcelona (doctrina reiterada, AAP secc. 1ª de 10 de febrero de 1998 y de 5 de febrero de 1999) o la AP de la Rioja (Autos nº 541/1998, de 27 de octubre y nº 651/1998, de 11 de diciembre, entre otras).

Algunas Comunidades Autónomas regularon la necesidad de autorización judicial en su legislación de servicios sociales: Faltaba sin embargo, una norma estatal de cobertura. Posteriormente, la Ley 39/2006, en su art. 4, definió los derechos de las personas en situación de dependencia y, entre ellos, el nº 2 afirmó los de “decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial” (apartado g) y “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, *garantizándose un proceso contradictorio*” (apartado h).

El art. 763 LEC y los arts. 212.4 a 212.6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, *del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia* no hacen referencia expresa a los centros residenciales. El Código del Derecho Foral de Aragón (aprobado por DL 1/2011, de 22 de marzo) sí lo hace al expresar, en su art. 36, que “para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un *centro residencial* que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial”.

3. La nueva doctrina del TC sobre la garantía judicial de los internamientos en centros residenciales

3.1. Introducción

Tanto el art. 211 CC (así, SSTC nº 104/1990, de 4 de junio; 129/1999, de 1 de julio, y 131/2010, de 2 de diciembre) como el art. 763 LEC (así, STC nº 132/2010, de 2 de diciembre) han sido objeto de tratamiento por el TC.

A partir de la STC nº 141/2012, de 2 de julio, el TC analiza las garantías procesales del internamiento urgente, distinguiendo una fase extrajudicial y otra judicial. Resoluciones posteriores han profundizado en esta materia (así, SSTC nº 182/2015, de 7 de septiembre; 22/2016, de 15 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo y 132/2016 de 18 de julio).

No es ocioso recordar la necesidad de observar los plazos y las garantías reconocidas por el TC, como ya realizó la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria* (apartado 7.2) al analizar la naturaleza del procedimiento del art. 763 LEC.

El TC parte de la doctrina del TEDH sobre el art. 5.1.e CEDH que exige tres condiciones para estos ingresos: 1) el trastorno mental debe ser declarado por una autoridad competente con fundamento en un informe médico objetivo (debe quedar constatado); 2) debe ser de un tipo o de un grado tal que requiera el ingreso; 3) la validez de su prolongación radica en la persistencia del trastorno (STEDH de 24 de octubre de 1979, *caso Winterwerp contra Holanda*, que constituye el precedente en el que se funda toda la reiterada doctrina de las resoluciones posteriores).

3.2. Sentencias referidas concretamente al internamiento en centro residencial para personas mayores

3.2.1 La STC nº 13/2016, de 1 de febrero

Sucintamente, los hechos sobre los que versa se contraen a un internamiento urgente realizado por dos trabajadoras sociales del denominado Samur Social (Servicio Social de Atención Municipal a las Emergencias Sociales) en residencia de tercera edad pública (gestionada por una asociación privada). El ingreso vino motivado por “la situación de grave riesgo” (síndrome de Diógenes, con extrema delgadez y deterioro cognitivo). El Juzgado de Primera Instancia ratificó el internamiento. La afectada se personó con abogado y procurador, manifestando tener “plena capacidad y entendimiento”, solicitando su “puesta en libertad, sin perjuicio de que los Servicios Sociales le puedan brindar la ayuda necesaria para la limpieza de su casa”.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso. Es de reseñar que constaba la existencia de un procedimiento de incapacidad que se tramitaba en otro Juzgado, por lo que se remitió testimonio a este último.

La demanda de amparo se fundó en dos motivos. En el primero (derecho a la libertad personal del art. 17 CE) se centró en el incumplimiento de los plazos, en la falta de pruebas sobre la necesidad del internamiento y en la ausencia de la diligencia de notificación de derechos. En el segundo, se alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber podido disponer de representación y defensa letrada debido, precisamente, a la ausencia de notificación.

El TC estima que la petición debió cursarla el director del centro (no el Samur Social). Señala el TC que es “el responsable de cada centro, quien permite que se materialice la privación de libertad de quien ingresa (o ya residía antes, por entrada voluntaria)”. La norma “no contempla por tanto que la comunicación al órgano judicial la efectúen quienes intervienen en un momento anterior al inicio del internamiento, como sucede con el traslado del afectado al centro, tarea ésta que puede corresponder en la casuística diaria a diversidad de personas, según las circunstancias (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales o los propios parientes o conocidos de aquél)”. Hubo un incumplimiento del trámite de comunicación al órgano judicial. No sólo se rebasó el plazo de 24 horas, sino que la comunicación no se realizó por quien debía hacerlo.

También se declara la omisión de informe médico que justificara la medida. Reitera la exigencia de informe médico en la fase extrajudicial que acredite el trastorno psíquico y justifique la urgencia (necesidad y proporcionalidad), conforme a la STC nº 141/2012. Los trabajadores sociales del Samur Social pueden afirmar la existencia de “emergencia social” conforme a los criterios propios de su profesión, pero es el centro de destino donde debe llevarse el correspondiente control médico. No es reprochable al Samur Social la remisión del informe, pero sí al Juzgado el haberlo considerado suficiente para incoar el procedimiento, debiendo

haber ordenado la puesta inmediata de la recurrente en libertad al haberse omitido los requisitos de la fase prejudicial.

El TC acuerda la libertad inmediata, declarando la nulidad de las actuaciones, pero añade “sin perjuicio de lo que haya podido decidirse respecto de su situación personal en el proceso de incapacitación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia (...), bien sea como medida cautelar o incluso como pronunciamiento definitivo en sentencia”.

3.2.2. Las SSTC nº 34/2016, de 29 de febrero y nº 132/2016, de 18 de julio

Sucintamente, los hechos sobre los que versa la primera se contraen a una solicitud del Fiscal de “regularización” de un internamiento -materializado mucho tiempo antes- en un centro residencial público de Tercera Edad. El organismo administrativo de servicios sociales había apreciado una situación de gran dependencia en grado III en la afectada. El Auto del Juzgado de Primera Instancia, confirmado por la Audiencia, desestimó la petición del Fiscal al considerar que el mismo no revestía carácter de urgencia y que tampoco procedía la ratificación al haberse incumplido la fase extrajudicial. Estas dos resoluciones consideraron que la autorización debía instarse dentro del proceso de incapacidad de los arts. 756 a 762 LEC.

Resaltan dos cuestiones: la primera, si cabe en nuestro ordenamiento -fuera de plazo- la “regularización” judicial de internamientos involuntarios. La segunda intenta responder a las preguntas de si -en todo caso- debe proceder el cese del internamiento y -si se estima que no- cuál es el procedimiento para garantizar el control judicial.

Plantea “un caso concreto”, pero como indica la sentencia, las “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”.

El TC concluyó que no resultaba posible hablar de la “regularización” de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia. No cabe “regularizar” lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE).

Aunque no pueda ser regularizada, sí debe establecerse cuál es el mecanismo para poner fin a esa situación, teniendo en cuenta la naturaleza del padecimiento psíquico que concurría en ese supuesto. En este punto, el TC comparte la decisión de los tribunales de instancia y afirma que no había base objetiva para poder afirmar que se daban razones “urgentes” para el internamiento por el cauce del art. 763 LEC. Añade, sin embargo, que la enfermedad diagnosticada permitía, *prima facie*, su subsunción en el concepto de enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC), presupuesto objetivo del proceso de incapacitación. Ello permitiría que el Juez autorizase el internamiento como medida cautelar ex art. 762 LEC, sin que ello, insiste el TC, implique dar validez a cualquier internamiento ilícito anterior.

Constatado que no se había instado el proceso adecuado para tutelar la situación de la afectada, el TC concluyó que, bien el Juzgado o bien la Audiencia al resolver la apelación, debieron acordar de oficio la adopción inmediata del internamiento como medida cautelar, procediendo, por su parte, el Ministerio Fiscal a promover la correspondiente demanda de incapacitación, caso de no hacerlo la propia afectada, ni los parientes legitimados en primer término por la ley (art. 757 LEC).

En consecuencia, el TC estimó la demanda de amparo, declarando la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), con nulidad parcial de los autos impugnados, por no haber adoptado ninguna decisión sobre la situación personal de la internada. Acordó, igualmente, la retroacción de las actuaciones, con el único fin de que el Juzgado de Primera Instancia proveyera a la tutela del derecho fundamental vulnerado.

Internamiento e incapacidad son institutos diferentes, pero -señala la sentencia- “tal cosa no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones, y esta es una de ellas, no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido,

cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida”.

La STC nº 132/2016 reitera la doctrina sentada en la anterior STC nº 34/2016 en un supuesto parecido, radicando la diferencia en que la dirección del centro aquí sí cumplió puntualmente la obligación de comunicación del internamiento a la autoridad judicial dentro del plazo de 24 horas previsto en el art. 763.1 LEC.

3.3. La declaración de nulidad de la resolución y la determinación de la extensión de sus efectos

Las resoluciones citadas resuelven recursos de amparo. El TC no es un “mero intérprete de la legalidad ordinaria”, ni tampoco “una pretendida tercera instancia” (STC nº 182/2015). Su función viene delimitada por lo dispuesto en los arts. 54 y 55 LOTC, expresando el primero que “limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

La STC nº 34/2016 analiza el alcance de la retroacción de las actuaciones. A la hora de delimitarla, se plantea dos cuestiones. La primera radica en si es posible reiterar la petición y, la segunda, si es necesario acordar la puesta en libertad.

En cuanto a la primera, aclara el TC que “vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad”, dado que “otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente” (STC nº 141/2012, de 2 de julio). Se trata de reiteración de peticiones por el mismo título.

La segunda (la obligatoriedad o no de la puesta en libertad) requiere de mayor desarrollo. Incluso en el marco penal, la nulidad de la resolución judicial cuando el plazo máximo está vencido “no ha de producir necesariamente el efecto de la puesta en libertad del demandante” (STC nº 99/2005, de 18 de abril y todas las que cita en su FJ 6º). Como recuerda la STC nº 98/1998, de 4 de mayo, pueden existir nuevos títulos legítimos que permitan la privación de libertad (de esta naturaleza son, en el marco penal, los que establecen una condena firme o el auto de reinstauración de la prisión provisional).

Aclarado este extremo, la siguiente tarea radica en comprobar qué títulos o razones obstan al radical efecto de puesta en libertad, en todo caso, del demandante de amparo. Ya la propia STC nº 13/2016 acuerda la libertad inmediata, declarando la nulidad de las actuaciones, pero añade “sin perjuicio de lo que haya podido decidirse respecto de su situación personal en el proceso de incapacitación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia (...) bien sea como medida cautelar o incluso como pronunciamiento definitivo en sentencia”.

Posteriormente, la STC nº 34/2016 desarrolla ampliamente este planteamiento. En caso de acordarse la efectiva puesta en libertad, el TC señala que habría supuesto “desconocer un hecho fundamental, como es la propia situación personal de la persona afectada por la medida de internamiento, sobre la que no se adopta decisión alguna en las resoluciones impugnadas”.

La solución que aporta el TC en este caso consiste, precisamente, en declarar la vulneración (que se da porque no se han respetado las garantías procesales del art. 763 LEC) y la puesta en libertad por este título (puesto que la afectada se encuentra privada de libertad lo que “obligaba a que se diera una solución que pusiera fin a la ilicitud de su internamiento”) y, al mismo tiempo y sin solución de continuidad, comprobar si existe otro título o razón que impida que esta puesta en libertad sea efectiva.

En el caso de la STC nº 34/2016, el TC resuelve “ponerla en libertad e inmediatamente proveer a su protección a través del proceso de declaración de discapacidad de los arts. 756 y ss. LEC”. Precisamente, lo que subraya el TC es que “resulta llamativo que el propio Juzgado, que desde un principio optó por no sustanciar el procedimiento dentro del plazo judicial de 72 horas del art. 763.1 LEC (lo que suponía, de algún modo, anticipar el sentido de su fallo), no

dispusiera nada con este fin al dictar su Auto; una omisión en la que también incurrió la Audiencia”.

Al percatarse de lo anterior, la solución que propone el TC es “la retroacción de las actuaciones, con el único fin de que el Juzgado de Primera Instancia provea a la tutela del derecho fundamental vulnerado de doña M.R.S.”.

Se parten, pues, de unas conclusiones iniciales a las que deberán atenerse los Sres. Fiscales: por un lado, no toda infracción del art. 763 LEC supone, *de facto*, la finalización del ingreso involuntario en residencia para personas mayores; por otro, siempre hay que valorar si son precisas medidas de protección jurídica en atención a la situación concreta de la persona afectada.

4. La necesidad de las medidas de protección

4.1. Protección del derecho a la vida y a la integridad física

La STEDH de 17 de enero de 2002, *caso Calvelli y Ciglio contra Italia*, establece que los Estados no sólo deben abstenerse de los atentados a la vida intencionados, sino que “deben dar los pasos apropiados para salvaguardar las vidas de aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción”. Estos principios se aplican a la esfera de la salud pública y exigen “requerir a los Estados para que adopten legislación que obligue a los hospitales, sean públicos o privados, a adoptar medidas apropiadas para la protección de la vida de los pacientes” y, además, disponer de un sistema judicial efectivo que permita determinar la causa de la muerte y que se determinen las responsabilidades.

La STEDH de 17 de enero de 2008, *caso Dodov contra Bulgaria*, versa sobre una ciudadana con enfermedad de Alzheimer ingresada en una residencia. Con motivo de una revisión médica fuera del establecimiento asistencial, la afectada quedó un momento sola sin atención de los trabajadores del citado centro. La paciente se fugó y nunca más fue localizada. Los familiares ejercitaron las correspondientes acciones. El TEDH estimó que el personal la dejó desatendida con grave riesgo para la vida, hasta el punto de tener que presumir su muerte y aplicó la doctrina sentada en el *caso Calvelli y Ciglio contra Italia*. El Estado fue condenado porque los remedios penal, civil y disciplinario no aseguraron “la efectiva posibilidad de establecer los hechos que rodearon la desaparición de la madre de la demandante” y determinar la responsabilidad de las personas o instituciones que infringieron sus deberes. Finaliza señalando que las deficiencias en la regulación aplicable, de forma indudable, contribuyeron al resultado.

La obligación de custodia de los pacientes en casos de riesgo de suicidio o lesiones ha sido afirmada en numerosas sentencias, tanto penales (entre otras, SSTS nº 1533/94, de 15 de julio y 638/1992, de 16 de marzo), como civiles (entre otras, SSTS nº 446/1996, de 3 de junio y 237/1998, de 9 de marzo).

En definitiva, puede concluirse que la infracción de alguna de las garantías del art. 763 LEC no puede llevar a la consecuencia de poner en riesgo “una de las previsiones más relevantes de la Convención y que también constituye uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que constituyen el Consejo de Europa” (*caso Calvelli y Ciglio*, cit.).

De no valorar y proveer a estas situaciones podría incurrirse en el delito de abandono de persona con discapacidad necesitada de especial protección que el Código Penal castiga en su art. 229 con penas de prisión y agrava en los casos en que se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual de la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

4.2. Principio de libertad de elección y derecho a la asistencia

El *principio de libertad de elección* forma parte del sistema de protección social (Recomendación nº R[98]9, de 18 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre la dependencia*). Desde un punto de vista internacional, es cita obligada el art. 19 CDPD (derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad), integrado en el ordenamiento jurídico español.

El art. 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 5 de mayo de 1988 reconoce el *derecho a la protección social de las personas ancianas*. Dentro del elenco de recursos, las Partes se comprometen “a garantizar a las personas ancianas que viven en instituciones la asistencia apropiada”. El art. 50 CE garantiza, “con independencia de las obligaciones familiares”, la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de las personas en la tercera edad “mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”. El art. 49 (referido a las personas con discapacidad) obliga a los poderes públicos al especial amparo “para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. En desarrollo de estos preceptos se promulgó la ya reseñada Ley 39/2006.

La *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (en adelante, LGDPD), dentro del derecho a la protección social (capítulo VII del Título I), especifica que los servicios de vivienda -entre los que se incluyen los de atención residencial- deben “atender a las necesidades básicas de aquellas personas con discapacidad que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, como en los casos en que carezcan de hogar o familia, o cuando existan graves problemas para garantizar una adecuada convivencia familiar” (art. 51). La norma expresa que “cuando la especificidad y la necesidad de apoyos lo hicieran necesario, la persona con discapacidad tendrá derecho a residir o ser atendida en un establecimiento especializado”.

Del mismo modo que resulta necesario garantizar el derecho a la libertad, también lo es evitar que se produzcan obstáculos inadmisibles para poder ser usuario y beneficiarse de los servicios. El acceso a la protección jurídica y a los apoyos forma parte de la normativa contra la discriminación (art. 14 CE) y del marco internacional de principios y medidas sobre el envejecimiento y la discapacidad (Recomendación CM/Rec[2009]6, de 8 de julio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre envejecimiento y discapacidad en el siglo XXI: Marcos sostenibles para permitir una mayor calidad de vida en una sociedad inclusiva*).

4.2.1. Derecho a la asistencia y demencia sobrevenida

En la práctica se suscitan con frecuencia casos en los que la ausencia de capacidad de decisión no se manifiesta en el acto del ingreso sino en un momento posterior. La legislación de servicios sociales de las distintas CCAA hace referencia a este supuesto bajo diferentes denominaciones como “incapacidad sobrevenida” (v. gr., art. 95.3 de la Ley 5/1997, de 25 de junio *por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la CCAA Valenciana*; art. 81.h de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, *de servicios sociales de Galicia*).

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de analizar situaciones en que surge la demencia sobrevenida. Sin embargo, la STC nº 182/2015 expresa que “en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio”, es precisamente “cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial”.

El deterioro del anciano no se produce en un instante puntual y automático, sino que se desarrolla a lo largo del tiempo. Muchas personas ingresan en residencias con plena capacidad para prestar consentimiento informado, determinando que dicho establecimiento constituya su lugar de domicilio y residencia (derecho que, expresamente, se recoge en la legislación de servicios sociales de algunas CCAA como, por ejemplo, en el art. 6 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, *de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria* o en el art. 12.1.h de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, *de servicios sociales de Cataluña*).

Puede ser necesaria la adopción de medidas que impliquen privación de libertad, concepto que, conforme a la doctrina del TEDH, tiene matices y exige una valoración que el juzgador no puede eludir (STEDH de 17 de enero de 2012, *caso Stanev contra Bulgaria*). Existen circunstancias, no obstante, que objetivamente permiten presumir su existencia, por ejemplo, cuando el afectado se encuentra bajo continua supervisión y control del personal del establecimiento y no se le permite abandonarlo, cuando ha protagonizado varias tentativas de

fuga o cuando se le impide tener contacto social con el exterior (STEDH de 16 de junio de 2005, *caso Storck contra Alemania*).

En cualquier caso, no parece admisible que, para garantizar la libertad ambulatoria, se proceda automáticamente a la expulsión del residente del centro por un simple incumplimiento de formas procedimentales, prescindiendo de ponderar la voluntad anteriormente expresada y sus necesidades actuales.

5. Concepto de urgencia

Ni las normas sanitarias ni las de Acción Social recogen un concepto unívoco de urgencia/emergencia. No existe un consenso general debido a que dichos términos deben contextualizarse. Así, “emergencia” es un término preferentemente ligado a la Protección Civil y “urgencia” a sanidad y servicios sociales; sin embargo, su uso es indistinto en todos estos ámbitos.

La característica común es que hacen referencia a una intervención inmediata e ineludible. En materia de sanidad, suele atender al riesgo para la salud y, en materia de acción social, a hechos que generan desprotección grave de forma colectiva (por ejemplo, un derrumbe de casas motivado por un aguacero o una situación de catástrofe –atentado, huracán, terremoto...-) o individual. En los casos de acción social, la actuación resulta necesaria para evitar que la situación se agrave o genere mayor perjuicio.

En lo que concierne a situaciones individuales referidas a ancianos, las más frecuentes son las de pérdida o desorientación (por ejemplo, la Policía encuentra a una persona con demencia senil en la calle en situación de riesgo), abandono o maltrato y, por último, cuando la red de apoyo familiar desaparece por acontecimientos imprevistos o por imposibilidad de asumir el cuidado (por ejemplo, en los casos de familiar único que sufre enfermedad o accidente repentino).

Los Sres. Fiscales, en la interpretación del término “urgente”, se ceñirán al contexto en que se realiza la intervención (asistencial, sanitario o socioasistencial), rechazando interpretaciones indebidamente restrictivas.

6. Información de derechos. Asistencia letrada

La exigencia de informar de los motivos de la detención deriva del art. 5.2 CEDH, situación que no es predicable únicamente de los procedimientos penales, sino también de cualquier forma de privación de libertad debido al “estrecho vínculo entre los párrafos 2 y 4 del art. 5” (STEDH de 21 de febrero de 1990, *caso Van der Leer contra los Países Bajos*). Del mismo modo, también es exigible conforme al art. 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo primer inciso es aplicable a todas las formas de privación de libertad (Observación General nº 8[1982] del Comité de Derechos Humanos de la ONU *sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales*). Estas disposiciones marcan la interpretación que debe darse también al art. 17.3 CE, en aplicación de lo dispuesto en su art. 10.2.

Como ha expresado el TC, se “impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información” y “no presuponer su conocimiento por el afectado” (STC nº 141/2012). Los Sres. Fiscales comprobarán la constancia de la correspondiente diligencia de notificación de derechos por el Juzgado en todos los procedimientos de esta índole.

El art. 17.3 CE “garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca”. Esta garantía encuentra su razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (así, STC nº 341/1993, de 18 de noviembre).

Las disposiciones generales del Título Primero del Libro IV LEC especifican que “fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador” (art. 750.1). El art. 763 avanza más y señala que “en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de

representación y defensa en los términos señalados en el art. 758". Este último expresa que el afectado "puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación", pero, si no lo hace, será defendido "por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento". En tal caso, "el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado".

La STC nº 22/2016 concreta lo anterior al señalar que el afectado puede optar por un Abogado y Procurador "que sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio". Si nada manifiesta al respecto, "bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el Juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el Fiscal actuante en la causa".

En el caso de que el Fiscal sea el promotor, el TC expresa que se designará un defensor "a los únicos efectos del procedimiento de internamiento". Este último "puede ser el representante legal del internado (...) o si no quien designe el Juzgado". El defensor judicial puede nombrar abogado y procurador, pudiendo también solicitar al Juzgado su designación de entre los profesionales de oficio. Con este sistema escalonado, "se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona".

La STC nº 7/2011, de 14 de febrero, en relación con el proceso especial sobre la capacidad de las personas, ha expresado que "aunque el nombramiento de defensor judicial es una institución tendente a garantizar los intereses del presunto incapaz supliendo su inactividad, no puede ser sustitutiva de la voluntad manifiesta de éste de comparecer personalmente en el procedimiento". Añade que "la única posibilidad de hacer efectiva la personación (...) es mediante Abogado y Procurador, estando vedada legalmente la posibilidad de autodefensa".

Debe reseñarse, por último, como hace la STC nº 22/2016, que el breve plazo no debe ser óbice para que el derecho de defensa pueda tener efectividad.

7. Intervención de oficio. Procedimientos aplicables

7.1. Tutela judicial efectiva

La STC nº 34/2016 consideró que no cabe "regularizar" lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE). Sin embargo, concurriendo causa del art. 200 CC en la persona afectada, la vulneración se produjo por no haber atendido a su situación personal dejándole desprotegido, cuando el órgano judicial disponía de poder *ex officio* para hacerlo.

Los Jueces o Tribunales tienen el deber de actuar de oficio para impedir situaciones de desprotección de personas que, por razón de capacidad, se encuentren en situación de "precisar de una institución de protección y apoyo", sea en situación de guarda de hecho o de derecho y se trate de casos de incapacidad declarada o de incapacidad presunta (arts. 216, párrafo segundo, 158, 303 y 304 CC), es decir, "de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo" (art. 52.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, en adelante LJV). En efecto, el art. 49 CE expresa la obligación de los poderes públicos –y el judicial lo es– de amparar a las personas con discapacidad "especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". La LGDPD desarrolla estos postulados y reseña el deber de protección "de forma *especialmente* intensa" de los derechos de las personas con discapacidad en materia de tutela judicial efectiva del art. 24 CE y "de manera *singularmente* intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como (...) mayores con discapacidad" (arts. 7.3 y 4).

Las normas sobre capacidad deben interpretarse conforme al art. 12 CDPD y la jurisprudencia del TEDH. Los Estados Partes están obligados a "proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica", para lo cual deben garantizar que "en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos". En concreto, tales

salvaguardias asegurarán: 1) que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; 2) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; 3) que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; 4) que se apliquen en el plazo más corto posible; 5) que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; 6) que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

El TEDH ha precisado criterios que han de emplearse a la hora de interpretar las materias de incapacidad e internamiento (así, por ejemplo, STEDH de 27 de marzo de 2008, *caso Shtukaturov contra Rusia*- y de 17 de enero de 2012, *caso Stanev contra Bulgaria*), asumiendo los principios sentados por la Recomendación nº R(99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre los principios referentes a la protección legal de los adultos incapaces* de 23 de febrero de 1999.

Entre tales principios resaltan cuatro. En primer lugar, el *principio de flexibilidad en la respuesta legal* exige que “las medidas de protección y las otras medidas legales disponibles para la protección de los intereses personales y patrimoniales del adulto incapaz serán suficientes, en amplitud o flexibilidad, para permitir una respuesta legal adecuada a los diferentes grados de incapacidad y a las situaciones que puedan presentarse”. En este mismo principio se recogen varias obligaciones entre las que destacan, por un lado, que “para las situaciones de urgencia” se cuente “con medidas apropiadas de protección u otras medidas legales adecuadas” y, por otro, que el ámbito de las medidas incluya “aquéllas que no restrinjan la capacidad legal de la persona afectada”.

Concretamente, en el marco de los principios generales recogidos en la Recomendación R(91)9, de 9 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre las medidas de urgencia en asuntos de familia*, se subraya la necesidad de que los Jueces o Tribunales dispongan de poder y recursos suficientes para proteger a las personas que se encuentren en necesidad de especial protección y asistencia y cuyos intereses se encuentren en serio peligro.

Los órganos judiciales tienen que estar preparados para actuar en los casos de urgencia. Los procedimientos deben ser sencillos y expeditivos, evitando trámites complejos, potenciando la actuación de oficio y evitando retrasos innecesarios. Las decisiones deben adoptarse con rapidez y eficacia.

En segundo lugar, los *principios de necesidad y subsidiariedad* expresan que “ninguna medida de protección será establecida para un adulto incapaz a menos que sea necesaria, teniendo en cuenta las circunstancias individuales y las necesidades del afectado”. Para la decisión de si una medida de protección es necesaria “se tendrá en cuenta la evitación de los formalismos y la asistencia que pueda suministrar la familia o allegados”.

En tercer lugar, el *principio de proporcionalidad* exige que, si la medida es necesaria, sea “proporcionada al grado de discapacidad de la persona y restringida a sus circunstancias y necesidades”. La medida de protección “interferirá en la capacidad legal, derechos y libertades de la afectada en la mínima extensión posible que sea precisa para llevar a cabo su propósito”.

En cuarto lugar, el *principio de respeto de los deseos y opiniones* exige que “al establecer o implantar una medida de protección para un adulto incapaz, los deseos actuales y anteriores y sus opiniones deberán ser averiguados en la medida de lo posible y deberán ser considerados, otorgándoles el debido respeto”.

Llegados a este punto, pueden darse tres supuestos que deben ser objeto de análisis: 1) personas con capacidad modificada judicialmente; 2) personas cuya capacidad debiera ser modificada judicialmente; 3) personas respecto de las que, concurriendo las circunstancias del art. 200 CC (causa de incapacitación), se estime, atendidas las circunstancias y necesidades del afectado, que tal declaración es innecesaria o desproporcionada.

7.2. Personas con capacidad modificada judicialmente

La existencia de discapacidad no justifica en ningún caso la privación de libertad (art. 14 CDPD) ni que ésta obligue a vivir en un centro residencial (art. 19 CDPD). El hecho de que una

persona presente la capacidad modificada judicialmente “no significa que sea incapaz de expresar su opinión” (STEDH de 14 de febrero de 2012, *caso D.D. contra Lituania*). El derecho a la libertad es demasiado importante para que una persona pueda perder los beneficios derivados del CEDH porque legalmente carezca de capacidad para consentir u oponerse al internamiento (STEDH de 5 de octubre de 2004, *caso H.L. contra el Reino Unido*).

Una persona, además, puede haber previsto con anterioridad a su situación de incapacidad el modo en que desea que le sean prestadas la asistencia y cuidados. Desde el punto de vista de derechos humanos, las instrucciones previas son consideradas, conforme a los principios de autonomía y subsidiariedad, prioritarias respecto a las restantes medidas de protección (Principio 1.2 de la Recomendación Rec[2009]11, de 9 de diciembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre los principios referentes a los poderes de representación duraderos y las instrucciones previas para incapacidad*). En este concreto marco, han sido reguladas por distintas normas autonómicas (por ejemplo, el art. 6 de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, *de servicios sociales de Galicia* o el art. 9.1 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, *de Servicios Sociales de la CCAA del País Vasco*) y el CC contempla también la posibilidad de que el mandato se otorgue para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste (art. 1.732, último párrafo).

Es conceptualmente posible que una persona con capacidad modificada judicialmente se encuentre en situación de guarda de hecho. Se recoge este supuesto expresamente en el art. 52.1 LJV y en el 303 CC (que, incluso, contempla la situación de desamparo, conforme al 239 bis).

Debe analizarse el tratamiento a dar al supuesto en que una persona con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo sea internada en centro residencial por el procedimiento de urgencia (por ejemplo, por fallecimiento repentino del tutor, único cuidador y pariente conocido). Si se produce cualquier infracción de la fase extrajudicial, no cabría la ratificación, aunque la persona presente una situación sociosanitaria que lo requiera.

Como ya está declarada, tampoco cabrían medidas cautelares en el procedimiento de incapacidad, a diferencia del supuesto que examinó la STC nº 34/2016. Sí son adecuadas medidas de protección porque es necesario atender a la situación de la persona y proveer a su cuidado y alojamiento. Al tratarse de acomodo en un centro residencial y carecer de capacidad para consentir, implicaría una privación de libertad.

El hecho de que la persona se encuentre en desamparo y la Administración asuma la tutela por ministerio de la ley, conforme al art. 239 bis, no soluciona el problema, porque el tutor necesita autorización para poder internar (art. 271 nº 1 y 273 CC).

Tanto el procedimiento para establecer medidas de control y vigilancia de la guarda de hecho (art. 52 LJV) como el de adopción de medidas del art. 158 (arts. 85 y ss. LJV) ordinariamente se sustancian mediante la jurisdicción voluntaria. Como ya se expresó en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre (apartado 7.2), los procesos especiales de internamiento tienen naturaleza contenciosa y la custodia de la que habla el art. 88 LJV implica privación de libertad en este caso. No es posible, por tanto, acudir a tales preceptos por aplicación del art. 1.2 LJV.

El absurdo en el que se desemboca es sólo aparente. Como se expuso *supra*, corresponde al TC determinar propiamente si existe vulneración o no del derecho fundamental en el caso concreto, pero esto no significa que la consecuencia sea necesariamente la puesta en libertad. Esta situación no concurre si existe “un nuevo título legítimo de privación de libertad”. La valoración de su procedencia corresponde “al órgano judicial (...) teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso” a fin de “determinar (...) la adopción o no de las medidas (...) permitidas por el ordenamiento” (STC 98/1998).

Debe partirse de que un internamiento urgente es una medida adoptada por el responsable del centro en atención a las circunstancias. La labor del Juez se limita a ratificarlo (en garantía de la libertad ambulatoria) si se han observado las exigencias del art. 5.1 CEDH, 17 CE y 763 LEC. Al no haberse respetado los requisitos de la fase extrajudicial, existe vulneración y no cabe hablar de “regularización”. La ilicitud debe cesar.

Ahora bien, la Ley exige la intervención de oficio para evitar cualquier “peligro” o “perjuicio” que pueda sufrir la persona afectada (arts. 158 y 216 CC) y para ello instaura un modelo de medidas de protección jurídica que puede “adoptarse *dentro de* cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”. Se trata de un título distinto en el que la medida no la adopta el responsable del centro, sino que comporta una actuación judicial directa en atención a la situación personal del afectado. El Juez no puede demorar la resolución y debe intervenir de inmediato (la lesión del derecho a la libertad es actual y las necesidades de protección también). Procede necesariamente la valoración y ponderación de los derechos en conflicto.

Por tanto, en el supuesto analizado, el Juez, al tiempo en que decide no ratificar el internamiento urgente (el derecho se ha vulnerado y no cabe regularización, como ya se ha dicho), debe acordar una medida de protección desde ese momento con fundamento en un título legítimo e independiente del anterior que permita la privación de libertad si ha lugar a ello y *dentro de* ese procedimiento.

El Ministerio Público está también obligado a comunicar estas situaciones de oficio, por lo que los Sres. Fiscales, en tales casos, solicitarán al órgano judicial las correspondientes medidas de protección si son procedentes conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad cuando el internamiento urgente no sea objeto de ratificación por vulneración del derecho a la libertad.

7.3. Personas con capacidad que debiera modificarse judicialmente

El procedimiento de modificación judicial de la capacidad es apto para adoptar la medida protectora. El art. 760.1 LEC señala que la sentencia “se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”. El art. 762.1 se refiere a las medidas cautelares que el tribunal competente debe adoptar de oficio en cualquier estado del procedimiento de incapacitación y también con carácter previo a la demanda.

Algunos órganos judiciales están aplicando a las medidas cautelares previas a la demanda el plazo de veinte días previsto en el art. 730.2 LEC, ubicado en el Libro III dentro de las normas de procedimiento generales.

La fijación de un plazo es incorrecta por varios motivos. Primero porque la Ley establece una distinción en el procedimiento por lo que, si la Ley lo hace es que existen razones para diferenciar.

La segunda es que el citado art. 730 exige ese plazo, precisamente, porque la solicitud debe realizarse a instancia de parte y bajo su responsabilidad. El sistema general de medidas cautelares excluye la intervención de oficio (art. 721.2 LEC).

La tercera es que el precepto especial no contempla el reenvío en ese concreto punto a las disposiciones generales. Las normas de protección de oficio (arts. 158, 216, 303 y 304 CC) no establecen plazo y, la naturaleza de las cosas exige flexibilidad. De aceptar lo contrario, supondría que cualquier retraso podría dar lugar a situar al sujeto en desprotección o abandono (arts. 229 y 230 CP), eventualidad que la Ley prohíbe (arts. 49 y 50 CE y 158 CC).

Estas medidas cautelares previas a la demanda en protección de personas cuya capacidad debe modificarse judicialmente no estarán, pues, sujetas al plazo de veinte días. De admitirse lo contrario, podrían generarse situaciones de desamparo de personas vulnerables incompatibles con la Constitución.

7.4. Personas respecto de las que, pese a concurrir causa de incapacitación, se estime innecesaria o desproporcionada la demanda

Conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y flexibilidad ya descritos, la existencia de causa del art. 200 CC no implica necesariamente que exista motivo para la modificación judicial de la capacidad. El Fiscal, conforme al tenor literal del art. 762.1 lo hará “si lo estima procedente”. Lo anterior hace necesaria la apertura de unas diligencias preprocesales en las que, tras averiguar todas las circunstancias precisas, se efectuará una evaluación de necesidades, no debiendo interponer la demanda si no va a constituir un apoyo real y efectivo

(véase, en este sentido, la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*, apartado 4.2). La interposición de demandas por motivos meramente formales es contraria a los principios de la CDPD (arts. 12 y 4), debiendo considerarse práctica prohibida.

Si se estima que la demanda no procede, ello no significa el cese de la protección de la libertad ambulatoria. Téngase presente que los artículos de cobertura otorgan un amplio margen, tanto temporal (“mientras se mantenga la situación de guarda de hecho” -señala el art. 303 CC, tras su modificación por Ley 26/2015 que también se inscribe dentro del proceso de adaptación de nuestra legislación a la CDPD, todavía en curso-) como procedimental (“dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria” -art. 158 CC-).

La STEDH de 24 de octubre de 1979, *caso Winterwerp contra Países Bajos* recuerda que los procedimientos de internamiento, por sus exigencias de resolución en breve plazo y sencillez, no pueden contemplar todas las formalidades inherentes a un proceso de modificación judicial de capacidad que debe estar revestido de todas las garantías del art. 6.1 CEDH.

El *principio de flexibilidad* incorporado a la Recomendación R(99)4 recoge, en su punto 5, que el ámbito de las medidas “incluirlá aquellas que son limitadas a actos específicos sin requerir la designación de un representante o mandatario con poderes duraderos”. El análisis puede ceñirse, pues, al concreto punto de la privación de libertad, sin necesidad de contemplar otras medidas relativas a la persona o el patrimonio si no son necesarias.

Las medidas de los arts. 158 y 216 CC pueden adoptarse *dentro de* cualquier tipo de procedimiento civil, por lo que pueden mantenerse, recogiendo los principios del art. 763 LEC dado que no son opuestos sino que, conforme a la STC nº 34/2016, pueden “operar conjuntamente en una relación de continente a contenido” (arts. 760.1 LEC, para el procedimiento de incapacidad y 158, 216, 303 y 304 CC para las medidas a adoptar respecto de personas que precisan protección por motivo de encontrarse en guarda de hecho), siendo de aplicación -en particular- el régimen de revisiones periódicas.

Por tanto, los Sres. Fiscales, si estiman que no procede la interposición de la demanda de modificación judicial de la capacidad, tras emitir el correspondiente decreto razonado en las diligencias preprocesales, podrán solicitar del Juzgado que continúe el internamiento como medida de protección autónoma, manteniendo el control judicial conforme a los arts. 5.1 CEDH y 763 LEC.

7.5. Recapitulación

En primer lugar, es necesario afirmar que todo ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores está sujeto a control judicial.

En segundo lugar, el internamiento urgente acordado por el “responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento” debe ser objeto de “ratificación” por el tribunal competente, en la forma establecida por el art. 763 LEC. Si el internamiento urgente no ha respetado las garantías previstas en los arts. 5 CEDH y 763 LEC no puede ser objeto de ratificación, ni cabe ninguna fórmula de “regularización”. La comunicación de internamiento urgente puede reiterarse, pero el responsable del centro sólo podrá hacerlo cuando la persona afectada se encuentre en situación de libertad y concurren las restantes condiciones que exigen los citados preceptos.

En tercer lugar, declarada la vulneración, el órgano judicial, antes de acordar la puesta en libertad, debe proceder -en todo caso- a evaluar la situación personal del afectado por el internamiento y comprobar si es necesaria una medida de protección jurídica o de apoyo. Este colectivo goza del derecho a la tutela judicial efectiva “singularmente intensa” (arts. 7.3 y 4 LGDPD), amparo que debe materializarse a través de las medidas previstas en el art. 216 CC, párrafo segundo. Los Sres. Fiscales interesarán, cuando sea necesario, la autorización para el mantenimiento del internamiento con tal fundamento. Dicha autorización constituye un título nuevo, distinto y legítimo diferente al del internamiento realizado por el responsable del centro cuya ilicitud ya se ha declarado y cuya validez no puede sanarse de forma retroactiva.

En cuarto lugar, la tramitación procesal de las medidas de protección del art. 216 se rige por el principio de flexibilidad recogido en el art. 158 CC, es decir, pueden “adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria”. En el momento actual, la norma exige que el procedimiento sea contradictorio, por lo que no cabe la aplicación de la LJV (art. 1.2). Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, deben respetarse las garantías de los arts. 5 CEDH y 763 LEC, dado que no son instrumentos jurídicos opuestos y pueden “operar conjuntamente en una relación de continente a contenido”. Tres casos son posibles:

a) Persona con capacidad modificada judicialmente. En estos casos, procederá la aplicación directa de la medida de protección, conforme al art. 216 CC, en el propio procedimiento abierto para evaluar la ratificación del internamiento urgente. Una vez determinada la ilicitud del internamiento urgente practicado por el responsable del centro, en el mismo auto procederá acordar la citada medida de protección. Así lo interesarán los Sres. Fiscales.

b) Persona con capacidad que debiera modificarse judicialmente. Si no se ha modificado judicialmente la capacidad ni existe procedimiento abierto en tal sentido, la medida de protección se acomodará a los trámites previstos para la adopción de medidas cautelares de oficio en el procedimiento de modificación judicial de la capacidad, de conformidad con el art. 762 LEC. Los Sres. Fiscales procederán en tales casos a la apertura de las correspondientes diligencias preprocesales al objeto de averiguar los datos necesarios para poder instar la correspondiente demanda. Sin perjuicio de realizarlo con la mayor celeridad, no están vinculados por el plazo de 20 días previsto en las disposiciones generales de las medidas cautelares, dado que el art. 762 es un precepto especial.

c) Persona incura en causa de incapacitación conforme al art. 200 CC, pero, respecto de la que tras la correspondiente evaluación, se estima innecesaria o desproporcionada la demanda. En este caso el afectado se encuentra en situación de “guarda de hecho”, siendo exigibles “medidas de control y vigilancia” que pueden adoptarse conforme a lo dispuesto en el art. 216 CC párrafo segundo. Dado que puede resultar frecuente que se hayan abierto medidas cautelares de oficio en un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, los Sres. Fiscales, una vez realizada la evaluación y dictado el correspondiente decreto razonado en las diligencias preprocesales, lo comunicarán al Juzgado, interesando la tramitación como medida de protección autónoma cuya vigencia puede prolongarse “mientras se mantenga la situación de guarda de hecho” (arts. 303.1 CC, 52 LJV y 216 CC). Deben partir los Sres. Fiscales de que la interposición de demandas por motivos exclusivamente formales cuando no constituyan un apoyo real y efectivo es contraria al sistema de derechos humanos ideado por la CDPD y las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa nº R(99)4, de 23 de febrero de 1999, *sobre los principios referentes a la protección legal de los adultos incapaces* y Rec(2009)11, de 9 de diciembre, *sobre los principios referentes a los poderes de representación duraderos y las instrucciones previas para incapacidad*.

8. Cláusula de vigencia

En el momento actual, se encuentra pendiente la adaptación del CC y la LEC a la CDPD que fue anunciada en la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, *sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad*, y reiterada por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. En espera de la futura reforma legislativa, la presente Circular se limita a realizar un mínimo proceso de actualización en atención a un problema emergente sin que constituya una modificación esencial de la doctrina previa de la FGE.

Tras la introducción del artículo 211 del CC en 1983, el cuerpo de doctrina referido al ingreso involuntario por razón de trastorno psíquico se encuentra en la Circular 2/1984, de 8 de junio,

sobre internamiento de presuntos incapaces (cuyos pronunciamientos han entrado en obsolescencia al referirse a una legislación ya derogada); la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos (mantienen vigencia sus conclusiones 2 a 4, en la medida en que establecen los mecanismos de revisión, visitas y especial seguimiento); la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de tercera edad (sus pronunciamientos, *mutatis mutandis*, mantienen vigencia); la Consulta 2/1993, de 15 de octubre, de nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil (debe entenderse que ha perdido su vigencia); la Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme (mantiene, *mutatis mutandis*, su vigencia).

Junto a lo anterior, se encuentra la doctrina referida al art. 763 LEC que deroga el anterior, cuya vigencia se mantiene, en concreto las referencias contenidas en la Circular 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (apartado VII.2, salvo las referencias a la naturaleza del procedimiento, por no ser aplicable actualmente el de jurisdicción voluntaria); Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces; Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas; Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria (apartado 7.1 y conclusión 25ª) y la Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas (apartado 4.2 y conclusión 8ª).

9. Conclusiones

Conclusiones generales

1ª Los Sres. Fiscales velarán porque se respete la garantía judicial y el proceso contradictorio en los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para mayores dependientes.

2ª Los internamientos urgentes que no cumplan las exigencias materiales y procesales no pueden ser objeto de “regularización”. No obstante, tal imposibilidad no implica que no pueda reiterarse la petición (siempre que el afectado se encuentre en libertad) ni que no existan otros títulos que permitan mantener la permanencia en el centro residencial. Los Sres. Fiscales valorarán especialmente la situación personal del afectado a la hora de pronunciarse sobre el cese efectivo de la estancia en el establecimiento.

3ª Los Sres. Fiscales, a la hora de solicitar o informar sobre la adopción de medidas de protección, tendrán presente especialmente la necesidad de evitar lesiones al derecho a la vida y a la integridad física de la persona afectada, tomando en consideración la doctrina del TEDH sobre el art. 2 CEDH y partiendo de que el abandono de una persona con discapacidad necesitada de protección puede ser constitutivo de delito del art. 229 CP.

4ª Los Sres. Fiscales valorarán especialmente el principio de libertad de elección y el derecho de protección social, dentro del marco de los arts. 49, 50 y 14 CE, de conformidad con lo dispuesto en la LGDPD.

5ª En los casos en los que las personas mayores hubieran iniciado el ingreso en el centro residencial de forma voluntaria, dicho establecimiento tiene consideración de domicilio a efectos legales. La situación de demencia sobrevenida transforma el internamiento en involuntario, debiendo ser objeto de control judicial. Los Sres. Fiscales, en sus visitas de inspección, comprobarán que se cumpla esta garantía.

Sobre el concepto de urgencia

6ª El internamiento involuntario de personas mayores por razón de trastorno psíquico puede realizarse en establecimientos sanitarios, asistenciales o mixtos. Cada sistema tiene sus

propios criterios de definición de lo que constituyen situaciones de urgencia. Los Sres. Fiscales, en la interpretación del término “urgente”, se ceñirán al contexto en que se realiza la intervención, rechazando interpretaciones indebidamente restrictivas.

Sobre la información de derechos y la asistencia letrada

7ª La obligación de informar de los motivos de la detención es exigencia de los arts. 5.2 CEDH, 9.2 PIDCP y 17.3 CE, constituyendo deber del órgano judicial realizarla. Los Sres. Fiscales comprobarán la constancia de la correspondiente diligencia de notificación de derechos por el Juzgado en todos los procedimientos de esta índole.

8ª La información de derechos comportará, entre otros extremos, los concernientes a la designación de Letrado y Procurador. Los Sres. Fiscales comprobarán que se ha informado al afectado sobre este extremo y, en su caso, que se ha facilitado el ejercicio del derecho.

Sobre la intervención de oficio y el procedimiento aplicable

9ª Los arts. 49 CE y 7 LGDPD establecen la obligación de prestar una protección singularmente intensa a las personas mayores con discapacidad en materia de tutela judicial efectiva. Los principios internacionalmente aceptados se centran en los de flexibilidad en la respuesta legal, necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad y respeto de los deseos y opiniones de la persona afectada. Los Sres. Fiscales exigirán su correcta aplicación y los observarán en sus dictámenes.

10ª En los casos de internamiento de personas que presenten capacidad modificada judicialmente o por modificar y se encuentren en posible situación de especial vulnerabilidad, debe valorarse, en todo caso, si son procedentes medidas de protección jurídica en atención a su situación personal. Los Sres. Fiscales tienen obligación de instar la actuación de los órganos judiciales en tales casos y se opondrán a toda interpretación que demore u obstaculice la intervención de oficio.

11ª Toda medida de protección jurídica que comporte privación de libertad deberá ser acordada con las garantías de los arts. 763 LEC y 5.1.e) CEDH. La medida podrá ser acordada “dentro de” cualquier proceso civil o penal. Los Sres. Fiscales interpretarán que la medida sólo puede adoptarse en procedimiento contradictorio.

12ª El incumplimiento de las garantías del internamiento urgente adoptado por los responsables de los centros dará lugar a la declaración de vulneración del derecho, a la imposibilidad de regularización de tal período de privación de libertad y a la posible exigencia de responsabilidades, pero en ningún caso podrá suponer peligro o perjuicio para las personas cuyo derecho se ha visto vulnerado. Los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier interpretación que obstaculice la intervención judicial inmediata en evitación de peligros o perjuicios a las personas afectadas.

13ª La Ley no establece ninguna limitación en el catálogo de procedimientos en cuyo seno pueden adoptarse medidas de protección *ex officio*. Por lo general, se acordarán en el propio procedimiento del art. 763 inicialmente abierto (considerando que las medidas de protección ex arts. 216 y 158 CC constituyen un título legítimo distinto al derivado del internamiento por razón de urgencia acordado por los responsables del centro) o en el de incapacidad (bien como medida cautelar o bien en sentencia definitiva). Los Sres. Fiscales podrán solicitar la intervención judicial en cualquiera de los señalados.

14ª La intervención judicial no admite demoras. Los Sres. Fiscales promoverán ante los órganos jurisdiccionales la efectiva aplicación de este principio de intervención inmediata.

15ª La necesidad del control judicial de la privación de libertad no implica necesariamente la modificación judicial de la capacidad. Esta opción sólo puede justificarse, conforme a los criterios internacionales de necesidad y proporcionalidad, cuando sean exigibles medidas de apoyo que excedan del acto puntual y precisen de un contexto de protección estable. Los Sres. Fiscales se opondrán a toda interpretación formalista que no respete lo anterior, por constituir práctica contraria a la CDPD.

16ª No es aplicable el plazo del art. 730.2 LEC para la interposición de la demanda por el Ministerio Fiscal en los casos de medidas cautelares previas (762 LEC).

17ª En los casos en que se estime que, pese a concurrir causa del art. 200 CC, no existe motivo para interponer la demanda, por resultar innecesaria o desproporcionada, y se haya acordado el internamiento en fase cautelar previa (art. 762 LEC), los Sres. Fiscales -tras dictar el correspondiente decreto en las diligencias preprocesales- interesarán del Juzgado el cese de la medida cautelar y, en su caso, el mantenimiento de la situación de internamiento como medida autónoma de protección jurídica, conforme a los arts. 158, 216, 303 y 304 CC, cuya vigencia puede prolongarse “mientras se mantenga la situación de guarda de hecho”.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 6 de julio de 2017.- El Fiscal General del Estado, José Manuel Maza Martín.